



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 1995

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

**LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS**

I.S.S.N.: 1132-0044
Depósito legal: GU-72/92

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa

REVISTA
JURÍDICA
DE
NOTARIADO
OCTUBRE-DICIEMBRE 1995

Dirección:
Paseo del General Martínez Campos, 46, 6.º
28010 MADRID

Tfno.: 91-308.72.32
Fax: 91-308.70.53

SUMARIO

9

41

128

171

Estudios

GINESTA AMARGOS, José: "El valor del *instrumentum* en Derecho Romano"

MIGUEL PERALES, Carlos de: "El encargo de dar crédito. Naturaleza jurídica del mandato de crédito, y su expresión a través de cartas de patrocinio"

RON MARTIN, Fernando: "El principio de efecto directo horizontal en la jurisprudencia europea: Su aplicación en la práctica forense"

SANTAOLALLA LOPEZ, María Cristina: "La sociedad unipersonal"

Práctica jurídica

Derecho Notarial

218

— Algunas observaciones acerca de la notificación y requerimiento fehacientes en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, por Francisco Castro Lucini.

221

— La Ley 2/1994, de 30 de marzo sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios: Reflexiones sobre algunos problemas que plantea su aplicación en la práctica notarial y registral, por José Luis Fernández Alvarez.

Jurisprudencia

Tribunal Supremo

313

— Tradición instrumental y posesión del *tradens* (a propósito de la STS de 1 de julio de 1995. Caso del Castillo de Calatrava).

Actualidad jurídica

Informes y comunicaciones



— MUÑOZ DE DIOS SAEZ, Luis: "Sobre el anatocismo"



— PEREZ FUENTES, Gisela María: "El Derecho Civil en Cuba durante los siglos XIX y XX. Valoración de la Parte General (Libro Primero) en el Código civil de 1987"

EL VALOR DEL *INSTRUMENTUM* EN DERECHO ROMANO (1)

JOSÉ GINESTA AMARGÓS
Universidad Autónoma de Barcelona

9

Es de todos conocida la información que ofrecen las fuentes en relación con aquellos hechos que constituyen un comportamiento delictivo según el pensamiento de la sociedad romana. A nadie escapa tampoco la trascendencia de la *Lex Cornelia Testamentaria nummaria* del año 81 a de JC. Mas nadie ignora que esta ley silana se vio desbordada por el ensanchamiento de tipos delictivos derivados de ella, debiendo ampliar su campo de aplicación mediante la promulgación de una serie de Senadoconsultos de incalculable valor práctico a estos efectos (2).

(1) Comunicación presentada en la XLIII^{ème} Session de la Société Internationale "Fernand de Visscher" pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité.

(2) Me refiero a los SC. Liboniano, Messaliano y Geminiano. Para un estudio detallado de los mismos son fundamentales los trabajos de D'ORS, A. "Contribuciones a la Historia del Crimen Falsi" en *St. Volterra* II, 527 ss.; TORRENT, A. "El Senadoconsulto Messaliano y el «Crimen Falsi»" en *AHDE* 50 (1980) 111 ss.; VOLTE-
RRA, E. Voz "Senatusconsulta" en *NNDI*, 16 (1969) n.º 80.

Partiendo, pues, de estas premisas se centra nuestro estudio en un tema muy concreto: *El Valor del instrumentum en Derecho romano*.

Paulo en D. 48,10,2 determina de manera concreta e indubitada qué actos, qué comportamientos constituyen hechos punibles y, como tales, perseguibles por la *Lex Cornelia de Falsis* (3). El insigne jurista escribe: *Poenā legis Corneliae de falsis tenebitur...qui testamentum falsum ...scripserit, recitaverit, subiecerit, signaverit, suppresserit, amoverit, resignaverit, deleverit*.

Este fragmento coincide *ad pedem literae* con Paul. Sent. 4,7,1 si exceptuamos la coletilla final de este último fragmento que se refiere a la pena a aplicar *id est in insulam deportatur*. El mismo fragmento en su apartado 2) matiza aún más y aclara que *Non tantum is, qui testamentum...subiecerit, suppresserit, delevit...sed et is qui sciens dolo malo id fieri iussit faciendumve curavit*.

10

Es de importancia a nuestros fines el subrayar que el comportamiento del autor para que pueda considerarse delictivo es preciso que el acto se realice a plena consciencia, *sciens dolo malo*, con voluntad dolosa.

Ambos fragmentos se refieren al *testamentum*, y ello es así, sin duda, por la alta consideración social y jurídica que el testamento tenía en Roma.

Cicerón (4) decía de él que es el acto más grave en la vida del *cives*, como lo es la *lex* en la órbita pública. Su importancia era tal que no sólo servía para perpetuar los *sacra*,

(3) La bibliografía es abundante. Además de los trabajos ya citados de A. TORRENT y A. D'ORS son esenciales las aportaciones de ARCHI, G. G. "Problemi in tema di falso nel diritto romano" en *Studi sc. giur. soc.* Univ. Pavia, 26 (1941); Id. "Gli studi di diritto penale romano da Ferrini a noi. Considerazioni e punti di vista critici", en *Mélanges De Visscher*, III, Bruxelles, 1950) (=RIDA, 4), 13 ss.; HITZIG, *Falsum*, en *R.E.* 6 (1909) c. 1.973 ss.; DE SARLO "Sulla repressione penale del falso documentale in Diritto romano", *Riv. di dir. processuale civile* XIV (1937); FERRINI, *C. Diritto penale romano*; COSTA, *Crimen e pene*; REIN, *Criminalrecht* (1844); entre otros muchos.

(4) Cicerón, *Phil.*, 2,41.

sino que mediante él se mantenía la unidad patrimonial de la familia agrupada bajo la dirección de un nuevo jefe y “tenía sus profundas raíces en la tradicional inspiración individualista del derecho y de la sociedad romana” (5). Según nos cuenta Quintiliano (6), en el testamento se encerraba la certeza de que la *voluntas ultra mortem* de cada individuo se vería satisfecha lo cual se consideraba como *solatium mortis*.

Visto cuanto antecede, a nadie puede extrañar que el romano adoptara todas las medidas que estuvieren a su alcance a fin de lograr que el testamento permaneciera intacto tal cual lo había previsto el otorgante, debiéndose respetar escrupulosamente su contenido –*favor testamenti*– y que cualquier manipulación de esta voluntad fuera severamente castigada hasta el extremo de llegar a publicar una ley que con carácter monográfico se dedicara a penalizar aquellos comportamientos contrarios a la voluntad del *de cuius*. Así pues, ley y pensamiento social encajaban a la perfección. La sociedad veía protegida su última voluntad con una ley que la respaldaba imponiendo duras penas a quienes quebrantaran tan sacrosantos principios.

La última voluntad del difunto actuaba a modo de ley *ultima voluntas defuncti, pro lege servanda est y voluntati testatoris per omnia obediendum est*.

Demostrativo del valor del testamento en Roma es lo que escribía EUGÈNE HENRIOT (7) “las disposiciones testamentarias, dice, estaban en este punto al orden del día de las costumbres que bajo Tiberio, Calígula, Nerón y Domiciano, la mayoría de aquellos que se encontraban expuestos a las persecuciones políticas y amenazados con una condena capital, se suicidaban, con objeto de poder libremente otorgar testamento. ¿Por qué? Porque, dice Tácito que se vendían en

(5) BIONDO BIONDI, *Sucesión testamentaria y donaciones*, Ed. Bosch. Barcelona (1960) 5.

(6) Quintiliano, *Decl.*, 308.

(7) HENRIOT, E. *Moeurs juridiques et judiciaires de l'Ancienne Roma d'après les poètes latins*. Tomo I, r.a. París 1865, Aalen 1973, 405.

provecho del fisco los bienes de los condenados, cuyos cuerpos estaban privados de sepultura, mientras que se permitía la inhumación y se mantenían los testamentos de aquellos que, se aprestaban a prevenir su condena por su muerte voluntaria". Tácito (8) lo compendia en estos términos quia damnati, publicatis bonis, sepultura prohibebantur; eorum qui de se statuebant humabantur corpora, manebant testamenta pretium festinandi.

La pasión por heredar llega a tales extremos que Juvenal presenta incluso el adulterio consentido por aquel que no puede tener hijos para poder heredarlos (9). *Laudo meum civem, nec comparo testamento mille rates.* Como bien dice MARTÍNEZ SARRIÓN (10) "*Para obtener los beneficios de un testamento, el que no lo falsifica es porque no está a su alcance*" y cita la Satura VIII, v. 142 "*¿Qué consideración te he de tener, si acostumbras a firmar testamentos falsos en los santuarios que hizo tu abuelo y delante de la estatua triunfal de tu padre? solidum falsas signare tabellas*".

Plinio Cecilio Secundo, discípulo de Quintiliano, reputaba a los heredípetas como delincuentes de la peor especie personificándolos en el abogado Regulo que en su tiempo ejercía el oficio de captador de voluntades testamentarias, dictándoles los testamentos por medio de alambicamientos y rodeos que cambian en lo que él quiere que digan las declaraciones de voluntad (11). A mi modo de ver, sutil sistema de falsificación.

Si seguimos leyendo otros fragmentos que redundan en lo ya dicho apreciaremos, sin embargo, algunos matices de enorme interés. En Paul. Sent. 5,25,1 se observa una variación respecto a los dos fragmentos anteriormente citados:

(8) Tácito, Ann, 4,28.

(9) Juvenal, Satura IX v. 80 ss.

(10) MARTÍNEZ SARRIÓN, A. "Testamento, Codicilos y Cláusula Codicilar". Discurso de ingreso como Académico de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya. Barcelona MCMXCV, 21 ss.

(11) MARTÍNEZ SARRIÓN, A. *Op. cit.*, 26.

1. *Lege Cornelia testamentaria [tenetur:] qui testamentum quodve aliud instrumentum falsum sciens dolo malo...subiecerit, sup-
presserit, amoverit, resignaverit, deleverit...*

Se insiste en este fragmento en el concepto de *sciens dolo malo*, pues sólo una conciencia dolosa puede dar lugar a la comisión de un delito.

¿Pero que tenemos que decir de la expresión añadida en este fragmento de *testamentum quodve aliud instrumentum*? En primer lugar se afirma que el testamento es un *instrumentum* y, en segundo lugar, parece como si se deseara equiparar el testamento a cualquier otro *instrumentum*.

En relación al primer extremo, si traducimos *instrumentum* por documento, ciertamente, no cabe la menor duda de que en el testamento hallamos un documento probatorio pero no un documento cualquiera, antes al contrario, un documento *sui generis*, con un elevadísimo valor social y jurídico. Mediante él se prueba y se justifica cual fue la última voluntad del causante.

En cuanto al segundo extremo, si ello fuere así se daría uno de estos dos supuestos: o el testamento se pondría al mismo nivel de los restantes documentos probatorios, lo cual significaría una especie de relajación en su consideración social y jurídica; o, por contra, todo documento fuere de la especie que fuere sería elevado al rango y prestigio social del que el testamento hacía gala. No considero sea esta la valoración que debemos dar a *aliud instrumentum*. Lo que sucede, a mi modo de ver, es simplemente que el concepto de *documentum* se ha ensanchado. A partir de este momento no sólo será documento el testamento sino que también otros instrumentos probatorios adquirirán este carácter. Pensemos por un momento en todos aquellos documentos, ya sean éstos públicos o privados, a los que se concede el carácter de documentos probatorios, y a los que nos referiremos en páginas posteriores.

Por otra parte, no es que el testamento pierda eficacia en beneficio de otros documentos, lo que sucede es simple-

mente que se ha producido una expansión del contenido originario de la *Lex Cornelia* a estos otros documentos. La *Lex* que surgió para velar por el testamento y otros documentos de última voluntad se extendió, como sabemos, a otros documentos de contenido muy diverso. Sólo así queda, a mi modo de ver, aclarada esta aparentemente confusa manifestación añadida a este texto.

Será menester, pues, que con carácter previo ahondemos en el concepto y significado del vocablo *Instrumentum* (12).

Como sucede con muchas otras palabras del lenguaje jurídico la palabra *instrumentum* se utiliza también en el lenguaje común, es decir, se trata de un término corriente que adopta un amplio campo de significados. Así en ciertos casos adquiere el significado de “medio” que por lo que a nosotros se refiere equivale a “medio de prueba” en general de un derecho que nos asiste. “Escritura o documento con el que se justifica o prueba una cosa” es la definición que de este vocablo da la Real Academia de la Lengua. Que duda cabe que el testamento es un documento mediante el cual se prueba la autenticidad y la veracidad de la última voluntad del testador, pero si acudimos a las fuentes nos encontramos con otros tipos de *instrumentum* que también prueban algo y, en cambio, no tienen la misma consideración que el testamento: me refiero, entre otros v. gr. al *instrumentum domus* D. 33,7,12,16 Ulp. 20 ad Sab.; o al *instrumentum villae, instrumentum fundi* D. 33,7,8 pr. Ulp. 20 ad Sab. Análogamente se habla de *instrumentum cauponium* Paul. Sent. 3,6,61; *instrumentum medici* (ibidem 62), etc. y así, por una evolución que va de lo concreto a lo abstracto se pasa a considerar el *instrumentum* con valor de “medio” a considerarlo como *instrumentum causae*. Paulo en D. 22,4,1 define *instrumentum* en estos términos:

(12) STEINWENTER, passim RE voz *Instrumentum*, 1587 ss.; MENOCHIVS, Iacobus *Papiensis divini adque Humani Iuris* (Liber Primo), Voz *Instrumentum* y aprender la lección de sus “*Consilium*”, Francofurti Moenum, MDXCIV.

Instrumentum nomine ea omnia accipiendae sunt, quibus causa instruit potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur.

Debe considerarse instrumentum todo cuanto nos sirve de medio de prueba para respaldar aquello que se postula en un litigio, y así, nos sirvieron como medios o instrumentos de prueba tanto los documentos cuanto las personas de los testigos.

MITTEIS (13) sostiene que *instrumentum* es "*alles, was als urkundliches Beweismittel dienen kann*" ya que los medios de prueba abarcan tanto prueba documental como *testimonia* según se desprende de las *Basilicas*. Estas fuentes se refieren a testimonios escritos, en los que con gran seguridad no se incluyen las personas las cuales constituyen el medio de prueba no documental.

BALDO DE UBALDIS (14), comentando D. 22,4,1 se formula una pregunta: *Nunquid data dilatione ad producendum instrumenta poterunt produci testes?* Con esta pregunta que formula se refiere el *conciliator* a una expresión que aparece con frecuencia en las fuentes, me refiero a *instrumentum gratia dilatio*.

Pues bien, Ulpiano en D. D. 5,16,99,2 Ulp. 1 de Off. con. expone:

Instrumentorum appellatione quae comprehendantur, perquam difficile erit separare: quae enim proprie sint instrumenta, propter quae dilatio danda sit inde dinoscemus. 3) Si in praesentiam personae, quae instruere possit, dilatio petatur (puta qui actum gessit, licet in servitute, vel qui actor fuit constitutus), putem videi instrumentorum causa peti dilationem.

Sería muy difícil distinguir lo que comprende la palabra "documentos". Podemos ver cuales sean propiamente documentos por el hecho de que se da un aplazamiento para su presentación. 3) Si se pide un aplazamiento para presentar la persona que puede aducir pruebas, por ejemplo, el que hizo el negocio, aunque sea un esclavo, o el que fue nombrado administrador, creo que el documento se pide para aducir documentos.

(13) Citado por STEINWENTER, RE c. 1.588 II.

(14) BALDI UBALDIS PERUSINI, *Iurisconsulti "In Sextum Codicis Librum Commentaria De testamentis et quaed. testa.ordi. Rubr."* Testes fol. 59, c. IV ss., Venetiis MDLXXXVI.

No quiero extenderme en un tema que desviaría el centro de gravedad de mi exposición cual es el de las normas, los efectos y las consecuencias procesales de la *dilatio*. Pretendo solamente destacar el significado que en el fragmento recién estudiado se da a la palabra *instrumentum*. En este supuesto *instrumentum* adquiere valor de *documento*.

Así pues, volviendo a lo ya dicho en líneas precedentes en las que aludimos a *instrumentum* como medio de prueba nos hallamos frente al significado clave que debe atribuirse al término *instrumentum*, a saber: documento que sirve como medio de prueba.

Mas junto a éste doble significado de “instrumento como medio de prueba en general” y el ya más restringido de “declaración de testigos como medio de prueba”, considero preciso formular una doble pregunta: 1.^a) ¿Cabe interpretar el término *instrumentum* como comprensivo de la prueba de personas en cuanto testimonio o medio probatorio llevado a efecto por conducto oral *persona, quae instruere possit?* o 2.^a) ¿*Instrumentum* no comprende el medio de prueba oral, si bien, por analogía o, si se me apura, por una *benigna interpretatio* el jurista es de la opinión que se puede conceder la *dilatio propter instrumenta* aún *in praesentia personae, quae instruere possit?*

La primera interpretación tendría un valor de tipo genérico mientras la segunda sería de carácter restrictivo.

Parece apreciarse que la opinión de los glosadores se encamina hacia la segunda interpretación: *Glossa dicit, quod testes appellatione instrumentorum continentur interpretative*. BARTOLO (15) añade: *Certe non placet...quia dicitur instrumentum quod instruit causam et sic testes*, citando el fragmento de Ulpiano D. 22,4,1 ya comentado.

El mentado glosador llegó a la primera interpretación del texto de Paulo mas yo considero que el significado genérico

(15) BARTOLUS DE SASSOFERRATO, “Tractatus qui de cognitione et interpretatione iuris, ac verborum significatione cognatin, et in genere tractant”, *Quintum Tractatum «De Testibus»*, 220 ss., especialmente n.º 55 ss.

de *instrumentum* no fue tema pacífico; si no ¿a qué vendría la expresión de Ulpiano *putem videri* D. 50,16,99,3.?

En otro fragmento del mismo Ulpiano D. 2,12,7 Ulp. 1 de Off. cons. hallamos la palabra *instrumertum* referida a *documentum* con exclusión de la prueba oral.

D. 2,12,7 Ulp. 1 de off. cons.

Oratione quidem dive Marci amplius quam semel non esse dandam i et iterum dilatio tam ex eadem quam alia provincia secundum moderamen locorum impertiri solet, et maxime si aliquid inopinatum emergat. Illud videndum, si defunctus acceperit aliquam dilationem propter instrumenta, an successori quoque eius dari debeat, an vero, quia iam data est, amplius dare non possit? Et magis est, ut et hic causa cognita dare debeat.

En el senadoconsulto del emperador Marco «Aurelio», de consagrada memoria se dice que no debe ser concedida más de una vez la dilación para la presentación de documentos; pero, en gracia a la utilidad de los litigantes, previa cognición de causa, suele concederse nueva dilación, tanto a los de la misma provincia como a los de otra, según la situación de los lugares, y especialmente en caso de emergencia. Habrá que ver, si cuando el difunto hubiera obtenido ya alguna dilación para la presentación de documentos, si acaso debe darse también a los sucesores, o si, como ya ha sido dada una vez, no puede darse más. Y es mejor que también a este caso deba darse la dilación previa cognición de causa.

17

El fragmento no nos ofrece demasiada luz en relación con el término *instrumentum*, sin embargo no nos cabe la menor duda que este término se refiere con valor de documento, con exclusión, según parece, de la prueba oral.

En el senadoconsulto del Emperador Marco «Aurelio», se dice que no debe ser concedida más de una vez la dilación para la presentación de documentos... Habrá que ver, si cuando el difunto hubiera obtenido ya alguna dilación para su presentación, si debe darse también a los sucesores...

La interpretación que Baldo (16) hace de este fragmento es la siguiente:

(16) *Op. cit.*, h.l.

Instrumentorum id est probationem causa; nam largo vocabulario instrumentorum omne genus probandi continetur; stricto autem et proprio vocablo non continetur nisi probatio scripta. Considero, pues, que cabe pensar más de una extensión analógica de la institución de la *dilatio* a las pruebas orales, que no en una interpretación extensiva.

Otro fragmento que apoya cuanto venimos comentando en el sentido de entender *instrumentum* como *documento* lo hallamos en

D. 49,1,28,1 Scaev. 25 dig.

Iussus a iudice exhibere secundum praeceptum praesidis provinciae rationes, quas apud se esse cavetur, instrumentorum gratia data dilatione nec postea exhibuit ideoque secundum constitutionem recitatam, quia per contumaci instrumenta non exhibuerat, cum petitor quanti sua interesset exhiberi iurasset, facta erat condemnatio.

18 En él se habla de *instrumentorum gratia data dilatione* y *instrumenta non exhibuerat*. A saber: El que, por orden judicial, conforme al precepto del gobernador de la provincia, debía presentar las cuentas que había asegurado tener en su poder, después de obtener prórroga para poder presentar los documentos no los presentó en su día ni tampoco después.

Cuanto vengo exponiendo se ve corroborado en una Constitución de Diocleciano y Maximiano del año 294 que aparece en C. 3,11,1 pr.

En dicha Constitución aparece una frase que debe considerarse de extraordinaria importancia y que dice así: *instrumentorum vel personarum gratia dilationem*. Esta expresión nos patentiza algo evidente, a saber: que la *dilatio* se extiende, tal como era lógico y necesario, a cualquier medio de prueba incluida la prueba oral, testimonial, o sea la prueba personal, mas no deja de ser cierto también que desde el punto de vista terminológico se añade un *vel* «*vel persona*».

Pues bien, ello denota que la prueba oral o testimonial se admite como medio de prueba pero no se incluye dentro del término *instrumentum*. En consecuencia, un documento

es un *instrumentum*, un testigo se puede aportar como medio de prueba pero no se le considera *instrumentum*.

Citaré un nuevo fragmento para sostener la tesis que vengo defendiendo sobre el significado específico de *instrumentum* en la locución *dilatio instrumentorum causa*. Aludiré a una Constitución del año 314 que hallamos en C.Th. 2,7,1 y en C. 3,11,2. Estos fragmentos se encuentran en justa correspondencia con el fragmento antes examinado ya que se da una equiparación y explícita contraposición entre los *instrumenta* y los *testes*.

Ahora creo estar ya en condiciones de poder contestar afirmativamente a la pregunta que se formuló BALDO DE UBALDIS (17) en el sentido de: *quaero, nunquid data dilatione ad producendum instrumenta poterint produci testes?* y ello debido a que ya en tiempos de Ulpiano se sintió la necesidad de una interpretación analógica que extendiera a todos los medios de prueba aquellas normas que en un primer momento eran limitativas o se ceñían al marco concreto de la prueba escrita. Por lo tanto *instrumentum* debe utilizarse en un doble sentido genérico y específico. *Instrumentum est genus et species: sumptum pro genere, praedicatur de omni specie probationis* mientras BALDO añade: *Sumptum pro genere, praedicatur solum de scriptura legitima et probatoria*.

En esta relación de fragmentos que se refieren al vocablo *instrumentum* con significado de *documentum* no podemos olvidar cuanto expone D. 42,1,35 Papir. Iust. 2 Const.

Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt, quamquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico ex causa permittere se huiusmodi instrumentisuti.

Los emperadores Antonino «Marco Antonio» y «Lucio» Vero dicen en un rescripto que, aunque no se deban restituir los juicios por la aparición de nuevos documentos, sin embargo, en un juicio público, mediando «justa» causa, debe permitirse el uso de tales documentos.

(17) Op. cit., h.l.

Novorum instrumentorum e instrumentum uti, son las palabras clave a las que voy a referirme. Aluden a la “aparición de nuevos documentos” así como al “uso de tales documentos”. Se trata de “documentos” extraviados y que posteriormente se volvieron a hallar. BÁRTOLO comentando el fragmento en cuestión habla de *instrumenta de nova reperta*, con lo cual deja sentado que se refiere a *documentos* ya que únicamente las cosas pueden ser objeto de extravío. Mas curiosamente volvemos a hallar la frase *nova instrumenta reperta* en una Constitución de Gordiano en C. 7,52,4: *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum res iudicatas restaurari exemplo grace est*.

También en este supuesto se refiere Gordiano a *instrumentum* en el sentido de “documento”.

Por lo tanto deberemos concluir diciendo que *falsum instrumentum* es sinónimo de “medio de prueba falso”.

20 Visto ya como en materia de *falso*, *instrumentum* es igual a *documentum* nos queda por ver cual era el alcance de este vocablo, es decir, si se le atribuía un significado ilimitado o se refería a una categoría especial de documento. Con ello intentaremos indagar el valor terminológico del término *instrumentum* hasta sus últimas consecuencias partiendo de la base de que para el mundo clásico cuando se usaba técnicamente esta expresión se aludía siempre a “documento”.

Paul. Sent. 5,25,9

Qui falsis instrumentis actis epistulis rescriptis sciens dolo malo usus fuerit, poena falsi coercetur.

De este fragmento se pueden extraer las siguientes conclusiones. Para los Compiladores, *instrumentum*, representa en antítesis a *acta*, *epistula*, *rescripta*, el documento de carácter privado, o sea, el documento que resulta de la realización de un negocio jurídico, en oposición a las *acta* que son documentos administrativos y judiciales, a las *epistulae imperiales*, documentos de carácter público, y los *rescripta*, o documentos emanados del príncipe en los que se plasma su

opinión sobre puntos controvertidos en derecho, todos ellos, como puede apreciarse, son documentos públicos.

Hasta el día que apareció en Roma el documento público en contraposición al documento privado, la palabra *instrumentum* sirvió para indicar toda clase de documentos. Tanto es ello así, que el ejemplo típico de *instrumentum* es el *testamentum*, o sea el documento de uno de los más característicos negocios jurídicos romanos.

BALDO hace un comentario de la Constitución de Justiniano en C. 4,21,21 y a propósito de este comentario nos aporta una observación interesante *copia ... instrumenti descripta in actis*.

Ello nos lleva a considerar la publicidad de las *acta* en contraposición a los *instrumenta*, o sea, la publicidad del contenido del documento, pues es de observar que en época postclásica y justinianeana, se llama *instrumentum* al documento que haciendo mención de un negocio jurídico, es redactado ante notario, es decir, de forma pública. El mismo BALDO hace una sutil distinción y utiliza expresiones tales como *instrumentum publicum in forma* e *instrumentum solemniter publicatum*. La forma pública no hace perder la calificación de privado al documento que se refiere a relaciones jurídicas privadas, lo único que sucede —igual que hoy en día— es que adquiere mayor fuerza probatoria. El *instrumentum solemniter publicatum*, a saber, descrito *in actis*, da origen, en cambio, a un nuevo documento público no sólo por la forma, sino también, por su contenido, mas el primero no deja de existir como documento privado.

En los comentarios de BARTOLO, sin embargo, el término *instrumentum* se nos ofrece distinto e incluso, si se quiere contrapuesto a “documento público” al hablarnos de *instrumentum, vel sententiam, vel praeceptum*.

Otro tanto se desprende de la antítesis existente entre *instrumentum* por una parte y *gesta* y *acta* por la otra que hallamos en C.TH. 11,30,35. Godofredo, por su parte, propone una distinción general y expone: 1) *Instrumenta, in-*

quam, omnia, quae iudiciis offeruntur y 2) *Acta item ante habita apud iudicem, seu monumenta*.

Llegados a este punto en el concepto de *instrumentum* se circunscribe al de “documento del negocio jurídico esencialmente privado”, no nos será difícil hallar en las fuentes un amplio número de expresiones conceptuales que avalen cuanto se viene diciendo.

Para una mayor información sobre los muy diversos conceptos y aplicaciones que podemos hallar en las fuentes de la locución *instrumentum* me permitirá la licencia de hacer referencia a un buen número de ellas.

C. 3,42,9 a., se refiere a: *chirographa tua ... et instrumenta ad eum contractum pertinentia*.

No debemos caer en el equívoco de considerar *chirographa* e *instrumenta* como dos conceptos diferentes; más bien lo que significa es que dentro del término más amplio de *instrumentum* se halla comprendido el más preciso y concreto de *chirographa* que se diferencia del primero por tener características propias de las que no participan todos los tipos de *instrumenta*.

C. 5,16,5 habla de *instrumenta debitoris* que equivale a “documento o contrato redactado por el deudor”.

También D. 39,5,35,2 Scaev. 31 dig. se refiere a *instrumenta debitorum*:

Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuam pecuniam dedit, et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate eius inventa sunt: quaero an ...

Una abuela dio en préstamo una cantidad a nombre de su nieto Labeón, cobraba siempre los intereses y recibió de Labeón los “documentos de los deudores”, documentos que se hallaron luego en la herencia. Pregunto sí...

En D. 32,92,1 Paul. 13 resp. se refiere igualmente a *instrumenta debitorum*:

His verbis domibus legatis: fidei heredum meorum committo uti sinant eum habere domus meas, in quibus habi-

to, nullo omnino excepto cum omni instrumento et repositis omnibus non videri testatorem de pecunia numerata aut instrumenta debitorum sensisse.

El legado de una casa se hizo diciendo “encargo por fideicomiso a mis herederos que toleren que tal persona tenga las casas en que vivo, sin deducción y con todas sus pertenencias y objetos instalados en ellas”: no parece que el testador pensara en el dinero ni en los “documentos sin crédito”.

Otras expresiones harto frecuentes son aquellas en las que a la locución *instrumentum* se le añade el nombre del negocio a que el documento se refiere. Es el caso de C. 8,53,1: *emptonum mancipiorum instrumenta* y C. 4,19,20 *emptonis instrumenta*.

Un fragmento de innegable interés a nuestro modo de ver es el que nos ofrece D. 13,7,43 pr. Scaev. 5 dig. El fragmento se refiere al *instrumentum emptionis*. De este *instrumentum emptionis* nos dice BRISSONIUS (18) que es *instrumenta originis auctoritatis fundorum et praediorum* mientras que BALDO siguiendo en esta línea de pensamiento se refiere a *instrumentum per quod potest probari latitudo iuris*. Mas leamos el fragmento en aquella parte que puede sernos de interés:

Locum purum pignori creditori obligavit eique instrumentum emptionis tradidit: et cum eum locum inaedificare vellet, mota sibi controversia a vicino de latitudine quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet quo non exhibente minorem locum aedificavit atque ita damnum passum est. quaesitum est, an ... respondit, si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta debitor caperetur ...

Se pignoró a un acreedor un solar libre, y se le entregó el documento de compra del mismo. Al querer el deudor

(18) BRISSONIUS, BARNADAE, “De verborum quae ad ius civile pertinent significatione” Halae Magdeburgicae, Impensis Orphanotropei, Libro IX, 637, c. I ss., MDCCXXXIII.

edificar en él, movió controversia un vecino acerca de los límites, y no pudiendo probarlos de otro modo, pidió el deudor a su acreedor que presentara el documento acreditativo que él le había entregado, al no presentarlo el acreedor tuvo que edificar en una superficie más reducida, con lo que sufrió un perjuicio. Se pregunta: ... Respondió que, si no fue hecho adrede para engañar al deudor privándole del documento, el deudor ...

C. 4,19,4 se refiere a *instrumentum emptionis* igual que lo hace C. 3,1,4 ambos del Emperador Alejandro.

También Gordiano en una Constitución del año 239 que se halla en C. 10,3,3 habla de *instrumentum emptionis*.

Es igualmente muy frecuente hallar en las fuentes frases o expresiones que se refieren a *instrumenta donationum*.

Un elenco de ellas son las que paso a citar a continuación.

24 C. 8,55,2 expresa: *Si apud provinciae praesidem aviam filiae tuae, quasi poenitentia ductam, subtracta instrumenta donationum igne exussisse constiterit, vereri te non oportet, ne id, quod iure vires acceperat, ex post facto possit in dubium revocari.*

Otro fragmento que se expresa en igual sentido es Vat. Fr. 297: *Cum matrem tuam donationis instrumenta in neptem suam fecisse nec ea tradidisse dicas, in dubium non venit liberalitatem, quae non adsignatis instrumentis minime coepta est, invalidam esse.*

C. 8,53,23 nos habla de *donationis instrumentum*.

De la misma manera C.Th. 3,7,3 igual que C. 5,4,22 en unos fragmentos referidos a Theodosio y Valentiniano aluden a *instrumenta donationum ante nuptias vel dotis*. Por ende Vat. Fr. 268 se ocupa de *instrumenta donationis*.

Estos documentos de donación son documentos de carácter privado redactados en *tabelliones* o *tabularii*.

Es necesario también mencionar dos Constituciones del *Codex* pertenecientes ambas a Diocleciano y Maximiano que se refieren a una *manumissionis instrumentum* C. 7,16,26 y a

instrumenta manumissiones recte factae C. 7,16,25 mientras que Baldo comenta el fragmento refiriéndose a *instrumentum calloatae libertatis*.

De notable interés para nuestro estudio es el fragmento de Ulpiano que hallamos en D.29,3,2 pr. Ulp. 50 ad Ed. *Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est. quin potius publicum est instrumentum.*

El documento de las tablas testamentarias no pertenece a una sola persona, esto es, al heredero, sino a todos aquellos a los que se dejó por ello alguna cosa. Por lo que se puede decir que el testamento adquiere el valor de documento público y como tal va a tener, a la postre, una diferente consideración respecto de los restantes documentos cuyo contenido es esencialmente privado. Es precisamente este valor de documento público que se atribuye a un documento eminentemente privado lo que le separa de los restantes documentos que tienen únicamente un valor *inter partes* pero que no afectan ni repercuten frente a terceros. Otra vez nos hallamos ante una figura jurídica híbrida, es decir, se trata de un documento que encierra un negocio jurídico unilateral con visos de bilateralidad y efectos frente a terceros.

Ulpiano se refiere a las *tabularum testamenti instrumentum*, el documento de las tablas testamentarias.

De forma análoga el Emperador Constantino en una de sus Constituciones que hallamos en C. Th. 4,4,1 usa la expresión *instrumentum codicilli*.

En ocasiones se adjetiviza el término *instrumentum* de manera que con él se alude al negocio sancionado por el documento y así nos hallamos, por ejemplo, con expresiones tales como *nuptiale instrumentum* en C. 5,11,1 perteneciente al Emperador Alejandro.

Se trata, ciertamente, de un documento que hace referencia a una constitución de dote, si bien ésta, al modo de ver del mundo romano no está considerado como un negocio jurídico *per se*. Los negocios jurídicos que sirven para

cumplimentar los fines económicos que se pretenden con la constitución de la dote son la *datio dotis*, la *dotis dictio* y la *promissio dotis*.

Un fragmento cuya redacción la consideramos atípica lo hallamos en las Paul. Sent. 5,7,2 en la que después de manifestar la necesidad de la presencia de ambas partes, añade: *quod si scriptum fuerit instrumento promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit*.

Nuestra extrañeza se basa en el hecho de que el término técnico que designa el documento de la *stipulatio* es *cautio* y no *instrumentum*, mas debo poner de manifiesto que dicha expresión se repite en Inst. 3,19,17.

Si scriptum fuerit in instrumento promisisse aliquem perinde habetur, atque si interrogatione praecedent responsum sit.

Y así si hubiera escrito en un *instrumento* que alguna persona ha prometido, se considerará lo mismo que si hubiere respondido a una pregunta precedente.

26

Del primero de estos fragmentos Paul. Sent. 5,7,2 debemos destacar las palabras *verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur*.

Así llegamos a lo dicho en líneas anteriores: en el testamento se rompe la teoría general del derecho de obligaciones que vincula sólo a las partes otorgantes pero no a terceros. En el testamento el testador vinculará por su documento al heredero frente a sí mismo y frente a terceros como pueden ser los otros beneficiarios de dicho documento.

Con Justiniano la *stipulatio* no se vincula ya a la realización de una pregunta con la consabida respuesta sino que se centra en el *aninus stipulandi* que se manifiesta en un documento llamado por Justiniano *Instrumentum* Inst. 3,19,12.

Este documento nos sirve de prueba fehaciente no ya de la *stipulatio* no celebrada, sino también de la falta de presencia de ambas partes o de una de ellas en el lugar y fecha *quo conficiebatur instrumentum*.

Volviendo al *nuptiale instrumentum* que hallamos en C. 5,11,1 ¿debemos tal vez pensar que ya en el año 231, en

desuso ya el sistema de la tipicidad de los negocios, la dote se constituye mediante acuerdo no solemne y, por consiguiente, en la práctica mediante el documento? Es una hipótesis con grandes visos de verosimilitud.

Una última conjetura, que no creemos nos aparte mucho de la realidad, se halla en el hecho de considerar que por parte de los clásicos se emplea el vocablo *instrumentum* en materia dotal, queriendo indicar el documento de un contrato verbal típico, la *dotis dictio* o de una forma de estipulación la *dotis promissio*.

Para la frase *dotale instrumentum* se puede repetir cuanto se ha venido diciendo hasta ahora.

C. 5,14,5 habla de un *pactum interpositum instrumento dotali* que tiene su correspondencia en Bas. 29,5,35.

Ello nos hace pensar en la hipótesis de la constitución mediante convenio, no solemne, habida cuenta que en un contrato verbal no hubiere sido posible la introducción de pactos, lo cual nos parece venir confirmado en una constitución de los mismos Diocleciano y Maximiano que hallamos en C. 5,11,4 en la que se comenta, una *dotis datio* realizada, según parece, sin las formas solemnes del Derecho clásico de transmisión de la propiedad, mediante redacción de un *instrumentum dotale* (Bas. 29,1,84).

Podemos aducir, sin embargo, otros supuestos que no hacen más que confirmar la misma hipótesis: C. 6,44,5 de Diocleciano y Maximiano junto a C.Th. 9,42,15 de Arcadio y Honorio son buenos ejemplos de cuanto venimos diciendo. De ellos se deduce que los *instrumenta dotalia* son los documentos que se redactaban con motivo de constitución de la dote, criterio que comparte GODOFREDO (19): *Instrumentis saepe continetur nuda confessio dotis, dosque cauta est tantum non numerata*.

(19) GOTOFREDO, D. "Corpus iuris civilis Romani, cum notis integris Dionysii Gothofredi quibus accesserunt Francisci Modii et aliae aliorum actorum celeberrimorum, Neapoli, apud Januarium Mirelli (1828).

En Fr. Vat. 252 hallamos la locución *instrumentum praediorum*:

Cum mater absente filio ... ad eum fecit, quas procura ... quae instrumenta praediorum e ... praediorum ad filium p... vel servis eius tradita non ... praediorum ad filium peruen.. materna voluntatis et ei ... causa redire iussisset ... possessionem praediorum ... constare.

Según podemos apreciar el fragmento está plagado de lagunas, se trata de un documento relativo a un negocio jurídico que se refiere a un determinado fundo. Es más que probable que a lo que alude el fragmento es al documento que dio lugar al traspaso de la propiedad sobre dicho predio. La posibilidad de que ello sea así es grande si tenemos en cuenta una Constitución de Diocleciano y Maximiano que hallamos en C. 6,42,24

28

Instrumenta praediorum per fideicommissum relictorum, quae ad probationem originis eorum pertinent, herede praestare necesse non habent.

Los herederos no tienen necesidad de entregar las escrituras de los predios dejados por fideicomiso, que sirven para la prueba del origen de los mismos.

Mas a nuestros efectos el párrafo que nos interesa es: *Instrumenta praediorum ... quae ad probationem originis eorum pertinent.*

Idéntico es el enunciado de C. 6,50,15

Si praediorum dotis apud te iure remanentis instrumenta verbis precariis vel testamento vel codicilo uxor tibi dari mandavit, eius iudicium successores implere compellentur, quum instrumentis praediorum domino relictis, Falcidia nulla potest intervenire quaestio.

Si con palabras precarias dispuso tu mujer, o en su testamento o en codicilos que se te dieran los instrumentos de los predios de la dote que con arreglo a derecho quedaba en tu poder, sus sucesores serán compelidos a cumplir su última voluntad, puesto que habiendo sido dejados los ins-

trumentos de los predios al dueño de los mismos, no puede mediar cuestión alguna sobre la Falcidia.

A nuestros fines las locuciones que nos interesan son *Si praediorum ... instrumenta y instrumenta praediorum*.

Otras aplicaciones del vocablo *instrumentum* lo hallamos en D. 27,7,8 Paul. 9 resp.:

Heredes eius, qui non iure tutor vel curator datus administrationi se non immiscuit, dolum et culpam praestare non debere. Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres tenetur...

Los herederos del que fue nombrado tutor o curador pero dejó, sin derecho, de asumir la administración no deben responder por dolo o culpa. Pablo respondió que esa acción debe transferirse contra los herederos del tutor tal y como la concertó el difunto. De ahí que no se pueda excusar el heredero diciendo no haber encontrado los documentos de la gestión tutelar, pues como en todos los juicios de buena fe el heredero del difunto responde por dolo, lo mismo pienso debe valer en la acción de tutela.

Los *instrumenta tutelaria* son los documentos de la gestión tutelar que las Bas. en 38,7,8 traducen por:

Documentos, en fin, relativos a negocios jurídicos patrimoniales que se refieren a los bienes del pupilo y que eran custodiados por el tutor durante el período que duraba la tutela.

De manera análoga a cuanto se ha dicho encontramos otras expresiones que nos son de gran interés, así por ejemplo en D. 35,2,95,2 Scaev. 21 dig. se alude a *instrumentum hereditarium*. Veámoslo:

Quaesitum est, an rationis defuncti et omnium instrumentorum hereditarium et pupillorum rationum legatarii considerantibus heres describendi potestatem facere debeat, ne in potestate eius sit proferre quod velit et hoc in fraudem legatarii inducantur.

Respondit ...

Se pregunta si, en caso de que los legatarios le pidieran las cuentas del difunto, debía el heredero permitirles sacar copia de todos los documentos de las cuentas hereditarias y de la administración de la tutela, a fin de que no pudiera exhibir sólo lo que quisiera y con ello “defraudar” a los legatarios. Respondió que ...

Son todos aquellos documentos que se refieren al patrimonio hereditario y que constituyen un todo, un bloque.

En D. 31,77,26 Pap., 8 resp. se menciona la expresión *instrumentum voluntatis* que nos es de gran interés:

*Donationis praediorum epistulam ignorante filio mater inae-
de sacra verbis fideicommissi non subnixam deposuit et
litteras tales ad aedituum misit: instrumentum voluntatis
meam post mortem meam filio meo tradi volo, ...*

30

Una madre, sin saberlo su hijo, depositó en un templo un documento de donación de unos predios, sin añadir los términos de un fideicomiso y envió al encargado del templo una carta en la que decía: quiero que después de mi muerte se entregue a mi hijo “el documento de mi última voluntad ...”. Se trata, pues, de una *epistula donationis*, la cual representa el documento probatorio de la libertad de donar.

Análogas expresiones las hallamos en C. 3,42,4 que se refiere a los *instrumenta tui iuris* (Bas. 15,4,24), o sea, contrato de deuda, reconocimiento de deuda y que BRISSONIUS en su obra *De verborum significatione, quae ad ius civile pertinent*, «voz instrumentum», explica en estos términos: *id est, ad ius tuum pertinentia*.

En C. 4,38,12 pr. Diocleciano y Maximiano nos hablan de *instrumentum testationis vacua possessionis*. Se trata, probablemente, de un negocio de compraventa en que se omitió la declaración de la *vacua possessio*.

Ahora bien, un texto que nos ofrece un interés especial a nuestros fines, como ya dijimos en las primeras páginas que se refieren al estudio que venimos realizando sobre el valor y alcance del vocablo *instrumentum* es un fragmento

del Digesto en el que se habla de *probationum instrumenta*. El texto al que me refiero es:

D. 48,19,27 pr. Call. 5 de cognit.

Si tamen de se quis mentitus fuerit vel cum non haberet probationum instrumenta, quae postea reppererit, poena adflictus sit, nonnulla exstant principalia rescripta, quibus vel poena eorum minuta est vel in integrum restitutio concessa ...

Sin embargo, si alguien hubiera hecho una declaración falsa, o alguien ha sufrido una pena porque carecía de los “documentos probatorios” que aparecieron después, hay algunos rescriptos imperiales por los que se rebaja la pena o se concede la restitución por entero ...

La importancia de la expresión *probationum instrumenta* estriba en el hecho de que si los *instrumenta*, constituyen documentos o medios de prueba en general, su sustracción u ocultación deja a sus legítimos titulares desposeídos de dichos medios probatorios con los consiguientes perjuicios que ello comporta para aquellos que pretenden justificar con ellos algún derecho o expectativa de derecho que consideran les asiste, en derecho. Mas de las consecuencias que dimanar de la ocultación de documentos hablaré en breve.

Terminemos antes de profundizar más, si cabe, en las fuentes para sacar a la luz todos los posibles significados del término *instrumentum* ...

La locución *instrumenta status* la hallamos en D. 4,2,8,1 Paul. 11 ad Ed.:

Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interversurus est nisi dem, non dubitatur quin maximo metu compellat, utique si iam in servitutem petor et illis instrumentis perdidit liber pronuntiari non possum.

Si cobró dinero el que me había de adquirir los documentos referentes a mi estado, si no le pagaba, no hay duda de que me coacciona con intimidaciones graves, sobre todo si he sido reclamado como esclavo y no puedo ser declarado libre si pierdo aquellos documentos.

Bas. 10,2,8 se refiere, en cambio a los documentos del negocio jurídico. El fragmento se ocupa del documento de la manumisión mediante el cual se concedía la libertad a un individuo.

En idéntico sentido se expresa D. 40,14,2,2, «Ven» Saturninus 1 de off. proc. cuando habla de *instrumenta ingenuitatis* reflejado también en Bas. 48,10,2.

Qui post quinquennium repperisse instrumenta ingenui tatis suae adseverant, de ea re ipsos principes adire oportere cognituros.

Los que afirman haber encontrado documentos que prueban su nacimiento libre deben acudir a los príncipes para que estos juzguen el asunto.

Se trata de un documento del que se desprende la *ingenuitas* de una persona, esto es, el originario estado de libertad derivado del hecho de haber nacido persona libre. Se hará referencia, por lógica, a los documentos de la manumisión del padre, de la madre –caso de haber nacido de relaciones extramatrimoniales– o de cualquier otro ascendiente.

En D. 24,3,49 pr. Paul. 7 resp. se comenta:

Maevia marito suo inter alias res dotis etiam instrumentum solidorum decem tradidit ...: ex eo instrumento maritus nihil exegerit, quia nec potuit: quaesitum est, si dos a marito pe tatur, an compellendum sit etiam illam summam quae instru mento continetur, refundere? Respondi ...

Mevia entregó a su marido, entre otras cosas de la dote, también un documento por diez sueldos ... El marido nada cobró en virtud de aquel documento, pues tampoco podía. Se preguntaba, en caso de que se reclame la dote al marido, si deberá abonar también aquella suma a la que se refiere el documento.

Como hemos visto se hace referencia a *instrumentum solidorum decem*. Tal vez el vocablo *instrumentum* indica relaciones obligacionales que quedan probadas con el documento. En el fragmento estudiado se trata de un documento en

el cual el objeto estaba constituido por *decem solidi*, diez sueldos.

En C. 4,9,2 Diocleciano y Maximiano se refieren a *dissoltae quantitatis instrumentum* que BARTOLO traduce por *debiti instrumentum*, en el que *quantitas* viene a representar el objeto de la deuda pagada, ya se trate de dinero o de otra cosa fungible.

En otros casos *instrumentum* indica la relación de propiedad o la propiedad misma de un documento.

Así Ulpiano en D. 47,2,31,1 Ulp. 41 ad Sab. expone:

Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publi cis deque societatibus.

Se refiere al caso de que se sustraieran o borrarán las tablillas documentales de la comunidad de un municipio cualquiera, dice LABEÓN que en este caso se reponde por hurto, y lo mismo dice sobre las demás cosas públicas y de las «corporaciones» y asociaciones.

Se trata de documentos privados de los que se ha devenido propietario, probablemente a consecuencia de una sucesión hereditaria o de un negocio jurídico *inter vivos* y que constituyen aquella forma de *res publica* que es el *mancipium*; por lo que hace referencia al resto hay que tener en cuenta que también aquí el concepto puede bascular, como en otros fragmentos de las fuentes, entre la propiedad y la posesión (pertenencia) que los documentos aducen como *utilitas* en contraposición a *proprietas*. Tendríamos que considerar quizá el valor de *instrumenta* en el fragmento contemplado con lo cual nos percataríamos que, en este caso, *instrumenta* son los documentos de contenido público, que tuvieron en el derecho clásico un desarrollo muy limitado. La última parte del texto *idemque ... societatibus* nos puede llegar a sorprender ya que en él se alude a *res publica* en el sentido de “cosa pública”, o sea de propiedad de la *universitas*, con lo cual se podría pensar que estos *instrumenta*

indicados implícitamente como *res publica* fueron documentos de utilidad general y finalmente de contenido público. La jurisprudencia romana es vacilante en cuanto al concepto de *res publica*. Así Gayo en 2,11 comenta:

Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse; ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt.

Las cosas públicas se estima que no son de nadie, pues se consideran propias de la colectividad. Son privadas las que son de los particulares.

Por lo tanto, la diferencia entre la *res publicae* y la *res privatae* no consiste en una diferencia sobre la naturaleza jurídica del objeto o del derecho ejercitado sobre el mismo, antes bien una diferencia del sujeto que en una y otra hipótesis ejercita un idéntico derecho, el derecho de propiedad.

34 Cabe, también, la posibilidad de que un documento privado devenga documento público a causa de su contenido, o sea, según el pensamiento de Gayo es factible que documentos privados se hallen en propiedad pública, es decir, en propiedad de la *civitas* o de otras *universitates*, no siendo preciso que se den unas circunstancias especiales para que devengan *res publicae*.

A la propiedad del documento hace probablemente referencia la frase *aliena instrumenta* que se halla en C. 4,19,21 pr. constitución perteneciente a los Emperadores Diocleciano y Maximiano.

A la utilidad del documento, se refieren, en cambio, otras numerosas expresiones, algunas de las cuales vamos a estudiar.

C. 5,53,1. Severus et Antoninus se refieren a *ad puberem instrumenta pertinentia* o aquella de App. 7,21 *instrumenta ad alios pertinentia* y *ad cuius iura instrumenta pertinebunt*.

Un nuevo ejemplo nos aparece en otra Constitución de los mismos Emperadores que se halla en C. 5,4,2 y que se refiere a *instrumentum ad matrimonium pertinens*, en la que

la referencia al matrimonio indica el negocio jurídico de índole patrimonial que se halla unido al matrimonio, a saber: la constitución de dote.

Es de ver también que se nos ofrece en D. 2,13,3 Maur. 2 de poenis:

Senatus censuit, ne quisquam eorum, a quibus quid fisco petetur, alia instrumenta delatori cogatur edere, quam quae ad eam causam pertinerent, ex qua se deferre professus est.

El senado decretó que a ninguno de aquellos de quienes se reclama algo en interés del fisco se les obligue a mostrar otros documentos al delator que los que pertenecieran a la misma causa por la cual hizo la delación.

Los *instrumenta quae ad eam causam pertinerent* que hallamos igualmente en las Bas. 7,18,3 se trata de los documentos esencialmente privados, que se refieren a una determinada causa, y más concretamente los que apoyan la solicitud de una de las partes: *ad intentionem fundandum*, según nos explica BALDO.

Un cierto parangón con dicha expresión lo hallamos en D. 48,19,38,8 Paul 5 Sent. que halla correspondencia con Paul. Sent. 5,25,8. En este apartado del Digesto se menciona la expresión *instrumentum litis* que se refiere también aquí a los documentos que apoyan la demanda de una parte litigante. El fragmento no ofrece la menor duda:

Si quis instrumentum litis suae a procuratores adversario proditum esse convicerit ...

En él se comentan las penas que se aplicarían a un procurador si se probara que un documento del litigio ha sido pasado por éste a su adversario ...

La expresión *instrumenta litis* la hallamos igualmente en D. 5,1,36 pr. y su equivalente en Bas. 7,5,35.

Análoga es la locución *instrumenta causa* de D. 17,1,8 pr. Ulp. 31 ad Ed.

Si procuratorem dedero nec instrumenta mihi causa reddat qua actione mihi tenetur? et Labeo putat ...

Si yo hubiera nombrado un procurador y éste no me devolviera los documentos del litigio ¿por qué acción podré demandarle? LABEON opina que ...

BRISSENIUS (20) lo explica diciendo *ad causam pertinentia*, expresión ésta que volvemos a hallar en D. 49,14,2,1 Call. 2 de ius. fisci: *instrumenta ad causam fisci pertinentia* que se refiere con gran probabilidad que han llegado a manos del fisco a causa, probablemente, de sucesión hereditaria.

De los *instrumenta domestica* nos habla C. 4.19,5 y Bas. 22,1,39. La interpretación que de ellas nos da BARTOLO, equivale a las *privatae scripturae* entendiendo por tales las que *non facit fidem, nisi cum aliis adminiculis ut puta litterarum, comparationibus adiuvetur*.

Las fuentes hablan igualmente de *instrumentum male conceptum*. Los fragmentos que se refieren a este extremo los hallamos en D. 1,5,8 Pap. 3 quaest. y en el Escolio 46,1,6 de las Basílicas. Papiniano en el fragmento al que acabo de referirme habla en el sentido de “documento viciado por errores gramaticales”. Procedamos a su lectura.

D. 1,5,8 Pap. 3 quaest.

Imperator Titus Antoninus rescripsit non laedi statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti.

El Emperador Tito Antonino dispuso en un rescripto que no debe perjudicarse la condición de los libres por el temor de una escritura mal hecha.

De notable interés es el fragmento de Ulpiano que se refiere a *instrumenta satis idonea ad victoriam* y que hallamos en D. 37,10,3,5 Ulp. 41 ad Ed. El fragmento de notable extensión se refiere al Edicto Carboniano y apunta la posibilidad de que con la aparición de “documentos fehacientes para la victoria en el litigio” pueda llegarse a dilucidar la verdad del parto y con ello la legitimidad que se discute al impúber quede definitivamente aclarada.

(20) BRISSENIUS, B. *Op. cit.*, h.l.

Por otra parte hallamos los *instrumenta inrita* de App. 7,7 que alude a documentos referentes a contratos suscritos en condiciones especiales en los que no pudieron observarse todas las formalidades prescritas por el derecho justiniano para su validez.

Una Constitución de Constantino que hace surgir a primera vista graves dudas es la que se halla en C. 9,22,21 en la que se habla del decurión que *conscribendis publicis privatisque instrumentis praebuerit officium*. La Constitución que corresponde al año 316 se dirigía a Mequilio Hilariano, Corregidor de la Lucania y de los Abruzos, y afirma que quien hubiere prestado servicios para escribir *instrumentos públicos y privados*, sea sometido, si se planteara la cuestión de falsedad, a la pena de tormento, si así lo requiere la causa, prescindiéndose del honor del decurión.

Se podría pensar que la distinción entre público y privado tuviera relación al contenido y que, por consiguiente, *instrumentum* pudiera indicar también el documento sustancialmente público. La hipótesis de que la diferente calificación de pública y privada corresponde a aquella distinción, más tarde usual, de *publica* y *perfecta confecta* relativa al carácter diferente que adquiere en ambos casos la intervención del *tabellio* parece surgir espontáneamente.

Mas no debemos excluir que en la frase *conscribendis publicis privatisque instrumentis praebuerit officium* se halla la mano de los Compiladores, ya que precisamente bajo Justiniano el concepto clásico de *instrumentum* como “documento del negocio jurídico” se extiende de manera tal que llegó a incluir documentos públicos muy concretos.

Hasta aquí he traído a colación una serie de supuestos en los que el término *instrumentum* se utiliza con valor de documento probatorio.

Hemos visto la clara separación entre el *testamentum* y los restantes documentos. Mas al referirnos a los testamentos no queremos ceñirnos estrictamente a este documento como tal sino que también el codicilo como acto de dispo-

sición y de última voluntad goza de esta inmunidad. En el título VII del Libro IV de las Paul. Sent. dedicado íntegramente a *De lege Cornelia*, en el capítulo V se lee: *Codicilli quoque si lateant nec proferantur, supprimi videbuntur*, mientras que SOHM (21) razona en el sentido de que “*Das Kodizill trat als die freiere Art letztwilliger Verfügung neben das Testament*”. Por ello quien ocultara un Codicilo con todas las modalidades que esta ocultación puede llegar a adquirir caería de lleno en la pena de la *Lex Cornelia* pues lo que importa no es que sea un testamento, un codicilo o cualquier otro documento de última voluntad lo que se oculte sino el hecho de ocultar esta voluntad, sea cual fuere la forma o el medio mediante el cual se realice esta ocultación.

En el capítulo VI del mismo Libro y Título se redondea lo ya dicho en el sentido de que lo manifestado para el testamento se debe entender aplicable igualmente a las *chartae* y a las *membranae*.

Tabularum autem appellatione chartas quoque et membranae continentur.

Pues bien, después de todo lo expuesto hasta aquí, y que resulta bastante convincente, aparece en escena un texto que me deja perplejo y desconcertado. Me refiero a D. 48,10,16 pr. Paul 3 resp.:

Instrumentum subreptorum crimen non esse publici iudicii nisi testamentum alicuius subreptum arguatur.

La *subreptio* de un *testamentum*, como hemos dicho hasta la saciedad, constituye un *crimen* y, como tal, da lugar a un *iudicium publicum*, pues no en balde nos hallamos ante un *falsum*. Hasta aquí nada de nuevo se nos dice pues a esta conclusión ya habíamos llegado al estudiar D. 48,10,2. La persecución de esta conducta delictiva arranca de lo ya previsto en la *Lex Cornelia* sin que las posteriores extensiones de la Ley a otros supuestos jueguen aquí ningún papel. La ley, como digo, se extiende a los supuestos delictivos come-

(21) SOHM, “Institutiones des römischen Rechts” 732.

tidos en otros documentos. La persecución de este hecho punible si no es perseguible como *iudicium publicum*, por lógica, deberá ser perseguido con un *iudicium privatum*.

Sabemos que los delitos privados son objeto de acciones penales tramitadas en los juicios ordinarios cuya finalidad no es otra que la de llegar a obtener una contraprestación pecuniaria contraponiéndose a los delitos públicos *crimina* (22) que presuponen un atentado al bien común y se castigan en la jurisdicción penal. Entre los delitos civiles se encuentra el *furtum* que no es otra cosa que la sustracción fraudulenta con intención de lucro sea de la misma cosa, sea ... D. 42,2,1,3 Paul. 39 ad Ed.; Inst. 4,1,1,.: *Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei ... quod lege naturali prohibitum est admittere*.

Así pues, el eminente romanista italiano CONTARDO FERRINI llegó a la conclusión de que el *CRIMEN INSTRUMENTORUM SUPREPTORUM* “*non cade nel ‘crimen falsi’, ma resta un semplice caso de furto*” (23), lo cual a mi modo de ver se contradice con lo dicho por el mismo autor al declarar que los Senadoconsultos extendieron “*agli altri documenti giuridici le disposizioni della legge Cornelia relative ai testamenti*”. COSTA (24) se halla en la misma línea de pensamiento ferriniano y acepta que “*non entra nei termini del falsum, la amotio o subreptio di instrumenta*” y añade “*esse appartiene ai termini del furtum*”.

DE SARLO (25) comparte el criterio de los anteriores romanistas si bien con matices dignos de destacarse y dice:

(22) BREDERODIUS LC, P. Corn., “Tractatus criminalis D. Tiberii Deciani Utinensis comitis, equestisque ac celeberrimi iuris utrisque consultis”, Nova Editionem Francofurti ad Maenum, Impensis Petri Fischeri (1591) Libro I, Cap. IX, De Crimine II.

(23) FERRINI, C. “Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale”, en *Enciclopedia del dir. penale italiano*, dirigida por Pessina, Roma (1902), reed., Roma (1978) 395.

(24) COSTA, *Crimen e pene*, 143.

(25) DE SARLO, “Sulla repressione penale del falso documentale in Diritto romano”. *Rivista di diritto procesuale civile* XIII, 14 (1937), 327 ss. En similar sentido se expresa FINZI, *I reati di falso* I, 343.

“Ma io credo di poter notare nel testo un'improprietà, che rende probabile l'idea di una alterazione: alludo alla denominazione di *crimen data a un fatto di cui si nega che luogo a un publicum iudicium* ... Mi sembra che solo l'assenza dei fine di sottrarre la prova (*dolo specifico del crimen falsi: ut verum non appareat*) potesse rendere inconfundibile agli occhi di Paulo il delito publico di falso”, añadiendo en líneas posteriores que “*Essi credono, che la amotio o subreptio di instrumenta diversi dal testamento non figurino mai un crimen falsi; io ritengo che lo configurino quando concorra il dolo specifico*”. De lo que no cabe la menor duda es que tanto la *amotio* como la *subreptio* de un testamento constituyen siempre un *crimen falsi*.

Comparto la opinión de DE SARLO matizando en el sentido de que si hay *dolo sciens dolo malo* habrá *crimen*, pero caso de no mediar *dolo* no podremos tipificar el hecho de *crimen* ni de *furtum* pues que duda cabe de que el *furtum* conlleva también una voluntad dolosa. D. 47,2,1,3 se expresa con claridad cuando comenta que el hurto es la sustracción “*fraudulenta*” con “*intención*” ... Por el mero hecho de tratarse de una conducta fraudulenta e intencionada queda automáticamente tipificada. Siempre que exista *animus furandi* nos enfrentaremos a un ilícito jurídico y, como tal, punible se trate del documento que se trate y se le llame como se quiera en cada caso. Lo que importa es la intencionalidad. Tanto en los delitos como en los crímenes públicos se presupone la malicia en quien los comete, el *sciens dolo malo*, por eso no es capaz de delinquir quien no es *capax doli*, y si no hay voluntad dolosa no surge para el Derecho romano responsabilidad penal alguna.

EL ENCARGO DE DAR CREDITO. NATURALEZA JURIDICA DEL MANDATO DE CREDITO, Y SU EXPRESION A TRAVES DE CARTAS DE PATROCINIO *

41

CARLOS DE MIGUEL PERALES

Doctor en Derecho. Abogado

Profesor de Derecho Civil

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** ANÁLISIS FÁCTICO DEL MANDATO DE CRÉDITO. **III.** CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DERIVADAS DE LA DIFERENTE CONSIDERACIÓN DEL MANDATO DE CRÉDITO. **3.1.** Extensión y naturaleza de la cobertura al acreditante. Abstracción y accesoriedad. **3.2.** Excepciones oponibles. **3.3.** Forma. **3.4.** Pluralidad de personas que dan el encargo de dar crédito. **3.5.** Extinción del mandato de crédito. **3.6.** Constancia en el balance de quien encarga dar crédito.

* Debo agradecer estas páginas al apoyo, ayuda y entusiasmo que me ha brindado Fernando Pantaleón en la preparación de este trabajo, sin los cuales, sin duda, no habría visto la luz. Agradezco igualmente las facilidades prestadas por las bibliotecas de la UPC-ICADE, Universidad Carlos III y Colegio Notarial de Madrid.

3.7. Conclusión. IV. LA CONSIDERACIÓN DEL MANDATO DE CRÉDITO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL. 4.1. Elementos esenciales del mandato de crédito como contrato. **4.2.** La causa en el mandato de crédito. El interés que se satisface a través del mandato de crédito. **4.3.** El mandato de crédito como contrato típico: como mandato o como arrendamiento de servicios. **V. CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN DEL MANDATO DE CRÉDITO. 5.1.** Breves consideraciones teóricas. **5.2.** Consideraciones prácticas. Principios de interpretación. Criterios objetivos de interpretación. **5.3.** Consideraciones prácticas (continuación). Criterios subjetivos de interpretación. **5.4.** Consideraciones prácticas (final). Criterios inútiles a los efectos de determinar la posible existencia de un mandato de crédito. **VI. CONCLUSIÓN.**

I. Introducción

En los últimos años han venido cobrando creciente importancia en la práctica comercial unos “documentos” conocidos genéricamente como “cartas de patrocinio” (1), cuya finalidad fundamental es dar tranquilidad a su destinatario respecto de un contrato (normalmente de préstamo o de crédito) que éste va a celebrar con un tercero, en cuanto a la solvencia (aptitud para cumplir sus obligaciones) de dicho tercero (2). En este sentido, las cartas de patrocinio suponen un acicate, una inducción o, incluso, una invitación que

(1) También conocidos como carta de influencia, carta de responsabilidad, carta de confort, carta de garantía o declaración de confort. Similares denominaciones han recibido en el mundo anglosajón (*letter of comfort, letter of support, letter of awareness*), Francia (*lettre de patronage, lettre de confort*), Italia (*lettere di patrocinio, lettere di patronage, lettere di gradimento*), y Alemania (*Patronatserklärung*).

(2) Esta idea de “dar tranquilidad” no es original en nuestra doctrina: ver CARRASCO PERERA, “Las nuevas garantías personales: las cartas de patrocinio y las garantías a primer requerimiento”, en *AA.VV., Tratado ...*, cit., p. 630.

se hace a su destinatario para celebrar el contrato específico de que se trate; la mayor o menor tranquilidad que se dé al destinatario de la carta vendrá determinada por el concreto contenido que ésta tenga.

En paralelo a ese uso comercial, la doctrina se ha ocupado de analizar cuál pueda ser la naturaleza jurídica y, sobre todo, la eficacia de estas cartas de patrocinio (3). No es el objeto de este estudio analizar en profundidad estas cuestiones, por lo que se resumen brevemente las conclusiones generales siguientes:

— La naturaleza jurídica de este tipo de cartas no es única, sino que dependerá del concreto contenido que en cada caso tenga la carta, pudiendo ser una simple dación de información, una mera obligación moral o una verdadera obligación jurídica, eventualmente de carácter contractual. Dentro de cada uno de estos casos, a su vez, la carta puede tener distintos contenidos y mayor o menor alcance (4).

En consecuencia, discrepo de aquéllos para los que las cartas de patrocinio pueden caracterizarse por unos elemen-

43

(3) Pueden citarse ahora, entre otros: en España, DUQUE, "Las cartas de patrocinio", en *Nuevas Entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 717 ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las declaraciones de patrocinio (Estudio sobre las denominadas "cartas de confort")*, Madrid, 1994; en Italia, ALLEGRI, *Brevi note sulla lettera di patronage*, Banca, Borsa ed Titoli di Credito, 1982, pp. 316 ss.; CANNATA, "La lettera di patronage", *Gazzetta Valutaria*, 1983, pp. 592 ss.; CHIOMENTI, "Le lettere di conforto", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 1974, pp. 346 ss.; DI GIOVANNI, *Le lettere di patronage*, Padova, 1984; MAZZONI, *Le lettere di patronage*, Milano, 1986; SCOTTI CAMUZZI, "Le lettere di patrocinio", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle obbligazioni*, 1980, pp. 157 ss.; en Francia, AA.VV., "Les lettres de patronage", París-Namur, 1984; LARROUMET, "Les conditions auxquelles une lettre de confort constitue une garantie", *Juris Classeur Périodique*, 1991, II, n.º 154; TERRAY, "Letters of comfort in French Law", *International Financial Law Review*, 1982, pp. 34 ss.; en el mundo anglosajón, BROWN, "The Letter of Comfort: Placebo or Promise?", *Journal of Business Law*, 1990, pp. 281 ss.; FISHER, "Comfort Letters and their Legal Status", *Journal of International Banking Law*, 1988, vol. 3, pp. 215 ss.; LINGARD, "Comfort letters under English Law", *International Financial Law Review*, 1986, pp. 36 ss.

Esta y otra más abundante bibliografía puede encontrarse recogida en los trabajos de los autores españoles que al final de este trabajo se citan.

(4) V. BOZZI, *La fideiussione ...*, cit., p. 277; ILLESCAS ORTIZ, *Cartas ...*, cit., p. 1286.

tos comunes siempre presentes, ya sea el hecho de que la sociedad matriz de un grupo empresarial sea la que lleve las negociaciones (5), ya sea el hecho, mucho menos defendible en mi opinión, de que estas cartas carecen de obligatoriedad (6), o de que se trate de un instrumento con vocación de configurar una nueva modalidad de garantía personal (7), o de que responda, como quiere DE CASTRO MARTÍN (8), a un esquema como el siguiente: Ticio, que no puede o no quiere financiar directamente a Sempronio, y que tampoco puede o quiere prestar garantía en su favor, insta a Cayo para que le conceda, mantenga o prorrogue un crédito.

44

—Dentro de la doctrina se suele admitir una división general, entre cartas de patrocinio “débiles”, sin eficacia jurídica (aparte de la que pudiera surgir por vía extracontractual, como de cualquier otro hecho jurídico (9)), y cartas de patrocinio “fuertes”, que sí tienen efectos relevantes para el Derecho.

—Por lo que respecta a las cartas de patrocinio “fuertes”, se discute su naturaleza contractual y, dentro de ella, si puede configurarse como fianza o como una garantía diferente y atípica. Respecto de esta última cuestión creo que lo más sensato es, de nuevo, responder que la configuración final de la carta de patrocinio depende de su contenido concreto: será fianza si, como dice el art. 1.822 C.c., el emisor de la carta se obliga a pagar o cumplir por el tercero con quien el destinatario de la carta va a contratar,

(5) CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 630, si bien es cierto que con posterioridad afirma que *no parece que las cartas de patrocinio hayan de tener un “contenido mínimo necesario”* —p. 653—, y que *no puede admitirse una suerte de restricción o numerus clausus por el que se rechace la calificación de declaración de patrocinio a las declaraciones de apoyo emitidas fuera del marco de los grupos de sociedades* —p. 654—.

(6) FERNÁNDEZ MERINO, “El mandato de crédito”, en AA.VV., *Tratado ...*, cit., p. 829.

(7) ARCOS VIEIRA, *El mandato ...*, cit., pp. 265 ss.

(8) *Las Cartas ...*, cit., p. 152.

(9) Caso típico es el de dación de información falsa al beneficiario de la carta.

caso de no hacerlo aquél, y esto con independencia de que se diga con estas palabras, o con otras de igual significado (*cfr.* art. 1.827 C.c.); por otro lado, la carta de patrocinio constituirá una garantía atípica, probablemente autónoma (no accesorio), si el emisor asume una obligación de hacer frente al destinatario (hacer que el tercero cumpla sus obligaciones bajo el contrato de crédito o de préstamo) o, quizás menos frecuente en la práctica, si asume los daños y perjuicios que el destinatario pueda sufrir por haber celebrado el contrato con el tercero.

II. Análisis fáctico del mandato de crédito

El análisis jurídico del mandato de crédito que voy a hacer requiere, como cualquier otro análisis de esta naturaleza, una previa descripción puramente fáctica de lo que con tal nombre se conoce. Así, puede decirse que en la operación de mandato de crédito una persona encarga a otra que dé crédito (con cualquier contenido que quepa bajo este término) con sus propios recursos a un tercero, obligándose aquél que da el encargo a asegurar al que lo recibe el buen fin de la operación suscrita con el tercero. Este pacto de cobertura significa que aquel que otorga el crédito no va a sufrir daños por haberlo otorgado; ésa es la obligación que asume el que realiza el encargo, y que no es —no tiene por qué ser— una fianza (10).

45

(10) POLO, *Comentario ...*, cit., p. 417. Todas las definiciones, por lo general, coinciden: cuando una persona encarga a otra que dé crédito a un tercero (DUSI, *Istituzione ...*, cit., p. 198), Ticio se obliga frente a Cayo a conceder una determinada suma en préstamo a Mevio, pactándose que el negocio de préstamo deberá ser realizado por Ticio en nombre y por cuenta propios, pero a riesgo de Cayo (GRAZIANI, *Studi ...*, cit., p. 120), cuando alguien se obliga frente a otro a dar crédito a un tercero en nombre y por cuenta propia (VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 287). Véanse, como complemento, las definiciones que se dan del contrato de mandato de crédito en el apartado 3.1 *infra*.

Es especialmente importante ser cuidadoso a la hora de determinar el supuesto de hecho de que partimos. Así, no considero mandato de crédito la situación que otros autores puedan recoger como *mandatum pecuniae credendae*, como acto por el cual una persona (supuesto mandante) interviene, sin tener interés, entre el acreedor y el deudor, para garantizar al uno el pago de la deuda del otro, obligándose él mismo hacia el primero (11). Las ideas de *acto* (no contrato necesariamente), *intervención* (se supone que en una relación ya existente o que se ha decidido que vaya a existir por otras dos personas) y la *ausencia de interés* llevan, qué duda cabe, al concepto de fianza, y nos alejan de la idea del encargo.

Tampoco bastará que el mandatario actúe en nombre propio, aunque algún autor opine que éste es el elemento esencial (12).

No hablo, pues, de estos casos, sino del descrito más arriba, en el que razonablemente puede discutirse ante qué figura jurídica nos encontramos.

46

En la práctica será difícil encontrarnos con encargos de este tipo. No obstante, sí puede ocurrir que en casos concretos que pueden incluirse en ese grupo tan heterogéneo conocido como cartas de patrocinio nos encontremos ante un encargo, más o menos disimulado, de dar crédito a un tercero. Su caracterización no será fácil, especialmente por la habitual ambigüedad con que se redactan este tipo de documentos.

En todo caso, debe evitarse una confusión que desde un principio puede aparecer, entre lo que es “inducir” a que alguien dé un crédito, y “encargar” que se dé un crédito. “Inducir” consiste en *conseguir* que alguien haga algo; uno de los modos para ello puede ser *encargándose*lo, pero también, por ejemplo, solamente garantizándole que no va a sufrir daño alguno, sin que haya encargo de por medio. A la inversa, se puede encargar a una persona que dé crédito y, no obstante, no inducirlo (no conseguir que lo dé, no convencerlo). La diferencia entre inducción y encargo, pues, se

(11) BONET RAMON, *Naturaleza jurídica ...*, cit., p. 44.

(12) ROBLES (*El mandato ...*, cit., p. 537), quien, no obstante, luego afirma que *la concesión en nombre propio y por cuenta propia ... constituye el elemento diferenciador del mandato* (p. 539).

halla en que la inducción es un concepto perfectivo (la acción termina con el logro de su objeto), mientras que el concepto de encargo se acaba en sí mismo y, por tanto, se fija sólo en sí mismo.

Aplicando estos conceptos a nuestro caso concreto, puede decirse que en la inducción a la dación de crédito no importa tanto de quién parte la iniciativa de dar crédito (del que lo da, del que induce al otro a dar, o de un tercero) como el hecho de que el inductor consiga que se dé; en el encargo, en cambio, lo esencial es quién pone en marcha el mecanismo de dación del crédito.

Lo anterior debe servir para poder distinguir una carta de patrocinio que induzca a la dación del crédito (mediante una simple declaración en un determinado sentido, o mediante la concesión más o menos expresa de una garantía) de otra que realmente incluya un encargo de dar crédito.

En el primer caso se incluirán, creo yo, la mayoría de las cartas de patrocinio que se han estudiado por la doctrina, y que pueden ser más frecuentes en la práctica. De hecho, existen modelos en los que expresamente se dice al destinatario de la carta que *para inducirles a Vds. a facilitar el mencionado crédito, nos complacemos en manifestarles lo siguiente*, siguiendo a continuación manifestaciones más o menos amplias, según qué carácter quiera darse a la carta. Esto, ciertamente, no puede considerarse un encargo.

Hay otros casos, en cambio, en que puede apreciarse un papel más activo del emisor de la carta, que no se limita a inducir a la dación del crédito, sino que, asumiendo el protagonismo en la dación, la *encarga*. Sirva como ejemplo el recogido por DE CASTRO MARTÍN (13) de la práctica francesa (destaco en negrita los párrafos donde puede apreciarse el encargo o, en su caso, el reconocimiento de ese encargo ya dado):

(13) *Las cartas ...*, cit., p. 15.

Messieurs,

Nous avons connaissance que vous mettez à la disposition de notre filiale ... un prêt de US \$ 1.600.000, selon les conditions et modalités exposées dans votre lettre contrat du ... adressée à notre susdite filiale et dont nous avons reçu copie.

Nous vous confirmons que c'est sur notre demande que vous consentez ce prêt et que nous avons intérêt à ce que vous l'accordiez à cette filiale. Nous vous précisons que nous n'avons pas l'intention de modifier notre participation dans le capital de ... et nous nous engageons à vous en informer si nous étions amenés à le faire.

L'activité de notre filiale en Amérique Latine, dont fait partie ..., est dirigée et contrôlée par nous et leur trésorerie est gérée en accord avec nous. En conséquence nous veillerons particulièrement à ce que notre filiale soit en mesure de faire face à ses obligations envers votre établissement. De même nous nous efforcerons de faire en sorte que vous ne supportiez pas les charge imputables aux risques de changes et aux risques politiques qui pouvaient survenir.

Veillez agréer, Messieurs, l'expression de nos sentiments distingués ... (14).

48

Sirva lo anterior como ejemplo, pero en el conocimiento de que la forma en estos supuestos será tan variada como emisores de cartas haya: cada carta responderá a un crédito con unos condicionantes concretos, y a unas negociaciones entre las partes que servirán para ese supuesto, y difícilmente para cualquier otro (15).

Así presentado el supuesto de hecho, debe plantearse ahora la cuestión central que es objeto de este estudio: la caracterización jurídica del mandato de crédito como contenido concreto de ciertas cartas de patrocinio, y la identificación del régimen legal que le es aplicable. Este análisis me servirá para tratar de descubrir si es cierto el aparente

(14) Otro ejemplo, tomado de ARCOS VIEIRA (*El mandato ...*, cit., pp. 277-278), tomado, a su vez, de una Sentencia del Tribunal de Milán de 30 de mayo de 1983: *Vi confermiamo ... la nostra richiesta di voler concedere alla Siderurgica Duina S.p.A. nuove facilitazioni di credito fino alla concorrenza di L. 3.000.000.000, utilizzabile direttamente o, su garanzia della stessa, da altre società del Gruppo.*

(15) Véase, como ejemplo adicional (que no tiene por qué formalizarse en cartas de patrocinio) lo que SANTOS BRIZ denomina *compra financiada* (por tercero) de cosas muebles (*Los contratos ...*, cit., p. 338).

desuso en el tráfico del mandato de crédito o si, por el contrario, nos encontramos ante un uso encubierto de esta figura, consecuencia de una incorrecta identificación dentro de la tipología contractual.

Esta cuestión no es sólo erudita, sino que trata, ante todo, de buscar una respuesta satisfactoria a cuál puede ser el régimen legal aplicable al mandato de crédito en España, así como encontrar explicaciones racionales a la aparente ausencia de utilización del mandato de crédito en el comercio actual.

El mandato era en Derecho romano, y sigue siendo hoy, una forma de *intercessio*; en términos actuales, una forma especial de colaboración y sustitución entre mandante y mandatario. En este sentido, el mandato tiene su propia "personalidad", de modo tal que aunque contenga (como otros muchos contratos típicos (16)) elementos de garantía, destaca el de las citadas colaboración, sustitución o intercesión. El mandante se vale del mandatario para realizar una actividad que él, por la razón que fuere, no quiere o no puede realizar directamente. ULPIANO recoge una situación de este tipo (17) (D XVII, I, XII, 11): *Si un mancebo lujurioso te mandase que seas fiador de una ramera, y tú sabiéndolo aceptases el mandato, no te competirá esta acción; porque es lo mismo que si prestases con ciencia cierta dinero al que lo había de perder. Pero si a más de esto te mandase directamente que prestes a la ramera, no se obligará a la acción de mandato, como si se hubiera mandado contra la buena fe.*

Como explica GUARINO (18), en el mundo romano no debían ser infrecuentes los casos de prestamistas ocultos, especialmente aquellos pertenecientes a lo que hoy llamaríamos *gente bien*, que disgustaban verse envueltos en cualquier

(16) Vid. arts. 1.474 ss. C.c. para la compraventa, 1.529-1.532 C.c. para la cesión de créditos, 1.553 C.c. para el arrendamiento de cosas, 1.591 C.c. para el arrendamiento de obra, 1.681 y 1.686 C.c. para la sociedad, y 1.779 C.c. para el depósito.

(17) En este caso, para negar toda acción bajo el mandato.

(18) *Mandatum ...*, cit., pp. 129 ss.

tipo de actividad comercial, y que entonces eran los pertenecientes al orden senatorial. En ello influía el hecho de que las actividades de *negotiatores* o de *mercatores* fueran consideradas como otros tantos indicios del delito del que típicamente se deshonraba, o era acusada en las plazas, la *nobilitas senatorial*: el delito de extorsión (*crimen repetindarum*), con sus múltiples variantes.

Ante esta situación, pues, el mandato de crédito era el instrumento perfecto, especialmente para poder realizar préstamos con interés (usurario o no), si se tiene en cuenta el desprestigio que suponía en la sociedad romana entrar en este tipo de operaciones.

El mandato de crédito aparece así como un instrumento ideal de colaboración para poder llevar a cabo actividades no ilícitas, pero sí reprobadas socialmente. Cuando con el paso del tiempo el hecho de dar dinero a préstamo ya no tenga esa connotación social negativa, el mandato de crédito perderá su utilidad para esos fines, y dejará de estar en vigor.

En mi opinión, esto es lo que puede ocurrir en la actualidad con algunas cartas de patrocinio: una persona no quiere aparecer como acreditante o prestamista de otra, por lo que usa una persona interpuesta que dé el crédito. Las razones para esa interposición pueden ser muy variadas, y no tienen por qué dejar de ser lícitas y dignas de protección: preferencia de obligarse frente a un intermediario a perder liquidez; falta de liquidez en coexistencia con un sólido patrimonio; intención de que el riesgo económico que supone acreditar al beneficiario acreditado no tenga reflejo en balance; hacer aparecer al beneficiario en el mercado como una persona que merece la confianza del acreditante (19).

(19) V. Bozzi, *Le fideiussione ...*, cit., p. 276. En otros ordenamientos podrán existir razones adicionales; así, en Derecho alemán, la ausencia de forma en el mandato de crédito frente a su exigencia en la fianza (CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht*, cit., pp. 272-273, MOLITOR, *Schuldrecht ...*, cit., p. 146).

Aparece así el mandato de crédito como un negocio que, pese a su remoto origen, sigue siendo de plena actualidad (20). Eso no obsta, sin embargo, para que a esas cartas de patrocinio que encierran un mandato de crédito se les aplique el régimen legal que en Derecho le corresponda.

Como he dicho antes, no es ésta una mera cuestión erudita. Las consecuencias que pueden derivarse del mandato de crédito pueden ser significativamente diferentes, según se le conceptúe como mandato o como garantía, que son, al final, las dos figuras contractuales a las que tradicionalmente se ha adscrito el mandato de crédito. Por ello, a continuación se describen cuáles pueden ser esas diferencias, según se opte por el régimen del mandato o de la garantía; posteriormente se tratará de identificar y justificar la naturaleza del mandato de crédito. Por último, se darán algunos criterios que sirvan de guía para identificarlo en los supuestos prácticos a que nos podemos enfrentar.

51

III. Consecuencias prácticas derivadas de la diferente consideración del mandato de crédito

En este apartado me dedicaré a indagar las consecuencias prácticas que puede tener la consideración de un mandato de crédito, como mandato, y de un mandato de crédito, como mera garantía a la que se aplican las reglas de la fianza.

Toda la discusión que sigue se centra en el pacto de cobertura en favor del acreditante, que es el punto común que pueden compartir mandato y fianza. Debo hacer notar que esta discusión parte de un principio que tratará de demostrarse posteriormente (v. 4.1 *infra*), cual es el carácter principal del citado pacto de cobertura en el mandato de crédito.

(20) GARRIGUES, *Contratos ...*, cit., p. 310; SIMONETTO, *op. cit.*, p. 149.

Como ya he indicado, me centro en las figuras del mandato y de la garantía porque son éstos los supuestos en que más frecuentemente se encuadra el mandato de crédito. La dicotomía mandato/garantía no prejuzga en absoluto el análisis de la naturaleza jurídica del mandato de crédito (apartado IV siguiente), pero sí servirá de base para estudiar los criterios de identificación de esta figura (apartado V siguiente).

De concluir que no hay diferencia práctica de relevancia entre considerar el mandato de crédito como mandato o como garantía, todo trabajo posterior será inútil.

Creo, sin embargo, que no es éste el caso. Del repaso de los arts. 1.709 a 1.739 y 1.822 a 1.853 C.c., principalmente, se deduce que entre un mandato de crédito conceptualizado como mandato, y un mandato de crédito como garantía, a la que, aunque subsidiaria o analógicamente, sean de aplicación las normas sobre la fianza, existen diferencias de relieve, que a continuación se exponen. El relieve de estas diferencias queda patente aun sin entrar en su estudio, si se piensa en los diferentes cometidos que cada parte tiene en el esquema de mandato, por un lado, y de garantía, por otro: en el mandato el mandante (que en nuestro caso sería quien encarga dar crédito) es principalmente acreedor del mandatario (en nuestro caso, el acreditante), y eventualmente deudor suyo; en la garantía, en cambio, los papeles se invierten, y el garantizado (en nuestro caso, el acreditante), es el acreedor principal, papel que en ningún caso corresponderá al garante (en nuestro caso, el que encarga dar crédito).

Esta línea básica de diferencia deberá tenerse siempre presente, porque es la que marca el resto del distinto régimen aplicable a una y otra forma contractual.

3.1. Extensión y naturaleza de la cobertura al acreditante. Abstracción y accesoriedad.

Como no podía ser de otro modo, la primera diferencia se refiere a la extensión y naturaleza de la cobertura que a través de la relación del mandato de crédito se concede al acreditante.

De considerar el mandato de crédito como un mandato, la cobertura concedida al acreditante sería la recogida en el art. 1.729 C.c., que consiste, como se sabe, en una obligación de mantener indemne al mandatario, fundamentada en la ajenidad del interés gestionado por éste. Se trata, además, de una obligación que surge en todo caso en que el daño se derive de la propia actividad gestora (consecuencia de la actividad gestora), con independencia de que exista o no culpa en el mandante; sólo puede mitigar o, en su caso, eliminar esta responsabilidad la culpa o imprudencia del propio mandatario (*malicia o abandono*, en términos del art. 256 C.com.) (21).

53

Por su parte, si se considera el mandato de crédito como garantía, el que encarga dar crédito respondería de la obligación garantizada (en sus mismos términos y condiciones, como máximo), así como “de todos sus accesorios” (art. 1.827 C.c.), esto es, entre otros, indemnización de daños y perjuicios.

Salta a la vista que, al menos en concepto, la obligación de indemnización en el mandante es más amplia que en el mero garante: aquél responde en todo caso, salvo culpa o imprudencia del mandatario; el mero garante responde en los mismos términos que el deudor garantizado.

Aunque habrá casos en los que no haya diferencias (incumplimiento deliberado del beneficiario del crédito, por ejemplo), en otros la diferencia será clara. Piénsese, por ejem-

(21) En este aspecto, las figuras del mandato y de la garantía a primera demanda mantienen gran semejanza.

plo, en el desgraciado caso que no hace mucho ha aparecido en los periódicos, relativo a una fábrica en Cataluña que ha sufrido un incendio provocado, con el resultado de su total destrucción y pérdida de varios miles de millones de pesetas. El impago definitivo o, cuando menos, el retraso en sus pagos a que un deudor puede verse abocado en una situación de este tipo tendría diferente tratamiento para el posible emisor de una carta de patrocinio continente de un mandato de crédito, según que éste se considerara como mandato o como mera garantía que se hubiera de regir por las reglas de la fianza: de considerarse como mandato, el que da el encargo debería responder frente al acreditante por los daños que éste sufiere como consecuencia del impago o retraso por el deudor en el reembolso de su crédito, ya que ese impago o retraso es un daño que sufre el acreditante como consecuencia directa de su actividad (gestora) y no ha intervenido culpa ni imprudencia por su parte (22). En cambio, de considerarse que quien da el encargo es un mero garante, su obligación de garantía quedaría extinguida, o al menos reducida, en la misma medida que la del propio beneficiario garantizado, con el consiguiente perjuicio para el acreditante. La diferencia práctica, pues, no puede ser más evidente.

Lo anterior no es más que una muestra de una diferencia de más profundo calado entre las dos figuras que analizo, referida a su respectivo carácter relativamente abstracto y accesorio respecto al crédito que se concede al beneficiario.

Por lo que se refiere a la mera garantía, su naturaleza es la de ser una obligación accesorio, que forzosamente sigue las vicisitudes de la obligación garantizada (el crédito concedido). El mandato, en cambio, supone una relación

(22) El que el incendio destructor pueda calificarse como caso fortuito o fuerza mayor no variaría esta consideración, ya que ambos conceptos no exoneran de responsabilidad bajo el art. 1.729 C.c. *Vid.* DIEZ-PICAZO, *La representación ...*, cit., p. 124; LACRUZ, *Elementos ...*, II, vol. 2.º (ed. 1995), p. 239; GORDILLO CAÑAS, en su comentario al art. 1.729 C.c., *Comentario ...*, cit., p. 1574, y la bibliografía citada.

entre quien encarga dar crédito y el acreditante, independiente de la que liga a este último y al beneficiario del crédito y que, por lo tanto, no tiene por qué seguir las vicisitudes de esta relación; en el esquema del mandato el acreditante debe ser indemnizado por cualquier daño que sufra como consecuencia de la ejecución del encargo salvo, como dice el art. 1.729 C.c., aquellos casos en que el daño se derive de su propia culpa o imprudencia (p. ej., no obtener el reembolso porque ha dejado prescribir su acción).

En resumidas cuentas, todo puede reducirse, quizás de un modo algo simplista, en decir que quien encarga dar crédito responderá por sus propias obligaciones frente al acreditante si se le considera mandante, mientras que si se le considera mero garante responderá por las obligaciones que otro (el beneficiario del crédito) tiene frente al acreditante.

3.2. Excepciones oponibles.

55

En íntima conexión con la cuestión anterior se encuentra la relativa a las excepciones que quien da el encargo puede oponer al acreditante, que podrán ser diferentes según nos hallemos en un esquema de mandato o de mera garantía. Los artículos a los que habrá que prestar atención preferente son los números 1.197, 1.729, 1.830 a 1.835, 1.849, 1.853 y 1.975 C.c.

De considerar que estamos ante un mandato, la norma que habrá que aplicar con preferencia es la del art. 1.729 C.c., de tal modo que quien da el encargo opondrá a la pretensión del acreditante de indemnización de daños y perjuicios el hecho de que éstos hayan sido ocasionados con intervención de culpa o imprudencia del propio acreditante.

Para entender mejor el alcance de esta única excepción, debe compararse con las que un mero garante podría oponer bajo las normas de la fianza.

a) Compensación.

Comenzando por el art. 1.197 C.c., hay que preguntarse si quien da el encargo podría oponer en compensación lo que el acreditante debiere al beneficiario del crédito, caso de considerar el mandato de crédito como mandato. La respuesta, en mi opinión, debe ser negativa, sobre la base de los siguientes argumentos:

— El art. 1.197 C.c. se refiere exclusivamente al “fiador”, figura perfectamente delimitada en nuestro Código. Este artículo, como norma excepcional que es, debe aplicarse restrictivamente, sólo a quien es fiador, y discutiblemente a quien se encuentre en situación análoga; en ningún caso, por tanto, a una persona (quien da el encargo) a la que se califica de mandante.

56 — Es común en la doctrina afirmar que el art. 1.197 C.c. necesita, para su plena aplicación, de los arts. 1.847 y 1.853 C.c. (23), propios de la fianza, que no pueden aplicarse al mandante.

Todo lo anterior, en el fondo, responde al mismo principio: la compensación se permite al fiador por la especial naturaleza de su obligación (responde de una deuda ajena, es una obligación subsidiaria y accesorio); esa naturaleza, en cambio, no es compartida por la obligación de cobertura *ex* art. 1.729 C.c. que el mandante asume frente al mandatario, que es una obligación propia. Ello lleva a la necesaria conclusión de que la excepción del art. 1.197 C.c. no sería extensible a quien encarga dar crédito, de considerarse que el mandato de crédito es un verdadero mandato.

De una manera aparentemente paradójica, no obstante, lo que en el caso de la fianza aparece como algo permitido por vía de interpretación doctrinal (compensación de la deuda afianzada con un crédito del fiador frente al acreedor garantizado), sobre la base

(23) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos ...*, cit., vol. II, p. 543; LACRUZ, *Elementos ...*, II, vol. 1.º, p. 421.

del art. 1.847 C.c., es una consecuencia lógica en el esquema del mandato, que debe admitirse sin violencia alguna: la reclamación de daños y perjuicios del mandatario al mandante puede compensarse con otro crédito que éste tenga frente a aquél, precisamente porque se dan todos los requisitos de los arts. 1.195 y 1.196 C.c. (a lo que nos interesa ahora, los más importantes de tratarse de acreedores y deudores recíprocos, principales -v. 4.1 *infra*- y por derecho propio).

b) Excusión.

La segunda excepción típica del mero garante es la de excusión, esto es, posibilidad de exigir al acreedor que persiga los bienes del deudor antes de reclamarle. Soy consciente de que en la práctica es frecuente la renuncia a este beneficio y, más aun, de que una corriente jurisprudencial, no unánime y mucho menos indiscutible, deniega el ejercicio de este beneficio al fiador mercantil (24); no obstante, dada su importancia (y el hecho de que también en ocasiones en la vida real este beneficio se mantiene), es obligado determinar si de él se podría beneficiar quien encarga dar crédito, de considerarse el mandato de crédito como un mandato.

Como en el caso de la compensación, la respuesta debe ser, también aquí, negativa; no encuentro base alguna para defender la posición afirmativa, y creo que los argumentos dados en el apartado a) anterior son igualmente aplicables al presente caso: la diferente naturaleza de las obligaciones del mero garante y del mandante son suficientes para justificar la diferencia de tratamiento (25).

(24) Así, STS de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969, 20 de octubre de 1989 y 7 de marzo de 1992. V. al respecto ALVENTOSA DEL RÍO, "Fianza mercantil y responsabilidad del fiador", en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profesor Broseta Pons*, Valencia, 1995, pp. 128-131.

(25) En el mismo sentido, DUSI (*Istituzione ...*, cit., p. 198), CAMPOGRANDE (*Trattato ...*, cit., pp. 136 y 140), GUILLOUARD (*Traité ...*, cit., p. 361).

Entre nosotros, LEÓN ALONSO (*El mandato ...*, cit., pp. 1093-1094) opina que no cabe atribuir al mandante de crédito el beneficio de excusión, aunque sobre unas bases que se me escapan, y que se resumen en las siguientes dos preguntas que este autor se hace: ¿cómo podría pretender el mandante fiador que se persiguieran antes

Las consecuencias prácticas de este hecho son innegables: de considerar el mandato de crédito como auténtico mandato, bastaría que el acreditante (mandatario) probara que no ha recibido el reembolso del crédito en tiempo debido para que pudiera acudir inmediatamente contra quien le encargó dar crédito (mandante) en reclamación de daños y perjuicios bajo el art. 1.729 C.c., mientras que esta reacción inmediata sólo sería posible, de considerar que estamos ante una mera garantía, si se diera uno de los supuestos legalmente previstos para la inexistencia del beneficio de excusión del art. 1.831 C.c. Aunque en la práctica esto no será totalmente infrecuente (sobre todo por medio de renuncia expresa), no cabe duda de que, si tal renuncia no es necesaria, se facilita la operación y una eventual reclamación, que no estará sujeta a posibles interpretaciones contradictorias de la declaración en cuestión.

58

c) Transacción.

De acuerdo con el art. 1.835 C.c., párrafo segundo, la transacción hecha por el deudor con el acreedor no surte efecto para con el garante, contra su voluntad. ¿Cabría aplicar esta misma regla en beneficio de quien encarga dar crédito, de considerar que el mandato de crédito es un mandato?

En mi opinión, los mismos efectos que surten de aplicar el art. 1.835 C.c. a una garantía se dan en un mandato, pero sobre la base de un artículo diferente, cual es, de nuevo, el 1.729 C.c.: de considerar el mandato de crédito como verdadero mandato, una transacción entre el acreditante (mandatario) y beneficiario del crédito, como *res inter alios acta* que es, no puede afectar a quien encarga dar crédito (mandante) salvo que éste lo admita; más aún, la tran-

los bienes de quien es su propio mandatario? ¿cómo calificar de deudor principal a quien está actuando bajo el prisma de la representación de otro? En pp. 1107-1100 vuelve a tratar la cuestión con la misma respuesta.

sacción elimina todo daño o perjuicio en el mandatario anterior a la misma, por lo que falta el presupuesto de hecho para que pueda exigirse indemnización de ningún tipo bajo el art. 1.729 C.c.

En consecuencia, se llegaría a la misma conclusión que para el caso de considerar el mandato de crédito como mera garantía, pero por vías y sobre fundamentos legales diferentes.

d) Extinción de la obligación del beneficiario frente al acreditante.

De acuerdo con el art. 1.847 C.c., la obligación del garante, como accesoria que es, se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones.

Dejando aparte el último inciso, que por supuesto es aplicable a la obligación del mandante frente al mandatario, ya se ha visto antes (v. 3.1. *supra*) cómo un posible caso de extinción (o moderación) de la obligación del beneficiario del crédito no suponía la extinción (o moderación) de la obligación de indemnización del mandante. Por lo tanto, sobre la base del art. 1.729 C.c., sólo podrá extinguirse la obligación de indemnización de quien encarga dar crédito, si se le considera un auténtico mandante, en aquellos casos en que el daño del acreditante (mandatario) proceda de su propia culpa o imprudencia, o cuando sencillamente no haya daño que reclamar, caso de que el acreditante condone su crédito frente al beneficiario, o recaiga confusión entre las posiciones de acreditante y beneficiario, o se nove extintivamente el crédito, o el acreditante admita una dación en pago del beneficiario. Más aun, en los casos en que la extinción del crédito opere mediante la cooperación voluntaria del acreditante (incluyendo por tanto la transacción), podrá suscitarse si ello supone un incumplimiento del acreditante de sus obligaciones frente al que dio el encargo,

lo que podría en su caso dar lugar a responsabilidad *ex* art. 1.726 C.c.

No tiene mayor sentido tratar de aplicar al mandato de crédito, considerado como mandato, la regla especial sobre interrupción de la prescripción extintiva de la acción contra el fiador, recogida en el art. 1.975 C.c. en su primer inciso: en sede de prescripción, la única excepción que podrá esgrimir quien da el encargo, como mandante, frente a la pretensión de indemnización del acreditante, como mandatario, es precisamente que éste ha dejado pasar el tiempo sin ejercitar frente al beneficiario del crédito la correspondiente acción. Por ello, si el acreditante (mandatario) interrumpe la prescripción contra el beneficiario del crédito, esa interrupción también afectará a quien da el encargo (mandante).

60 Por la misma razón, la norma contenida en el segundo inciso del art. 1.975 C.c. no será aplicable al mandato de crédito concebido como mandato: reconocida la validez de la interrupción extrajudicial de la prescripción frente al beneficiario, cualquier reclamación por daños contra quien da el encargo (mandante) tendrá base legal suficiente.

Por lo que se refiere a otras posibles causas de extinción de garantías, la prevista en el art. 1.852 C.c. será inaplicable al mandato de crédito concebido como mandato, salvo que la imposibilidad de subrogación quede asimilada a la existencia de daños y perjuicios por culpa o imprudencia del acreditante (mandatario), mientras que la causa de extinción recogida en el art. 1.851 C.c. dará lugar, si no a la extinción de la obligación de cobertura de quien da el encargo (mandante), sí a su relevación respecto de aquellos daños cuya causa sea precisamente la prórroga concedida al beneficiario (sin perjuicio, de nuevo, de la responsabilidad en que hubiese podido incurrir el acreditante-mandatario por alterar por su propia iniciativa los términos del crédito).

e) Excepciones inherentes al crédito que competen al beneficiario.

De acuerdo con el art. 1.853 C.c., quien da el encargo podría oponer al acreditante, de concebirse el mandato de crédito como mera garantía, todas las excepciones que competan al beneficiario del crédito y sean inherentes a dicho crédito, pero no las que sean puramente personales del beneficiario.

Dentro de estas excepciones oponibles se incluyen las relativas a la existencia, legitimidad y validez del crédito, su extensión y modalidades, así como su subsistencia y posterior extinción (26); no pueden incluirse, en cambio, las relativas a la incapacidad del beneficiario, así como, según DIEZ-PICAZO (27), aquellas otras que tengan carácter personalísimo en el sentido del art. 1.111.

El enfoque que debe darse a esta cuestión al hablar del mandato de crédito como mandato debe ser diferente: no debe fijarse tanto en el carácter personal o no personal de la excepción, sino en el objeto de ésta, y su origen: si la causa de la excepción está en la culpa o imprudencia del acreditante-mandatario (p. ej., quien dio el encargo-mandante dio instrucción expresa de dar el crédito al beneficiario cuando éste fuera mayor de edad, y el acreditante se lo concede cuando aún no lo es) estaremos ante una excepción oponible por quien dio el encargo. No podrán oponerse, en cambio, las excepciones que surjan de hechos acaecidos sin intervención culposa o imprudente del acreditante, o por haber seguido éste puntualmente las instrucciones de quien dio el encargo (28).

61

(26) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos ...*, cit., vol. II, p. 434; LACRUZ, *Elementos ...*, II, vol. 2.º (ed. 1995), p. 351.

(27) *Op. cit.*, pp. 434-435.

(28) Esta parece ser la idea del art. 409 del Código de obligaciones suizo, cuando establece que el mandante no puede oponer frente al acreedor el hecho de que el acreditado sea personalmente incapaz de obligarse.

f) La diligencia del acreditante.

De concebirse el mandato de crédito como mera garantía, quien da el encargo podría verse libre de su obligación de garantía si el acreditante diera el crédito conociendo la situación patrimonial dudosa del beneficiario (29), mientras que este argumento no podría ser esgrimido si el encargo de dar crédito se considera como verdadero mandato, y el acreditante hubiera dado el crédito siguiendo las indicaciones contenidas en las instrucciones del mandante.

62

En resumidas cuentas, en coherencia con el apartado 3.1. anterior, parece que las excepciones que quien da el encargo de dar crédito puede oponer al acreditante serán menores si se considera el mandato de crédito como auténtico mandato; ello redundará, obviamente, en beneficio del acreditante si se estima que estamos ante un mandato, pues verá incrementadas sus posibilidades de ver pagado finalmente su crédito.

3.3. Forma.

Si bien puede decirse que en la teoría no debería haber grandes diferencias de considerar el mandato de crédito como mandato o como mera garantía, en lo que a la forma se refiere, sí puede haberlas en la práctica; ello podrá dar lugar a situaciones en las que, a falta de pruebas, el acreditante trate de optar por la vía del mandato, menos exigente que la garantía en cuanto a su constancia.

En efecto: con carácter general, tanto el contrato de mandato como el de garantía (al que se le apliquen las normas de la fianza) deben considerarse como negocios consensuales, en los que no es necesario requisito formal alguno

(29) V. art. 1956 *Codice civile*, que recoge esta regla para la fianza.

para su existencia. No obstante, dos son las diferencias que pueden encontrarse.

En primer lugar, la no exigencia de forma no debe llevar a equiparar mandato y garantía en cuanto a su necesidad de constancia. Así, frente al art. 1.710 C.c., que permite el mandato tácito, el art. 1.827 C.c. expresamente determina que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa. Por tanto, es una cuestión que se limita al ámbito de la prueba, que será más estricta en el caso de la mera garantía que en el del mandato.

La segunda consideración puede ser más importante, en cuanto que es de un orden práctico de carácter mucho más inmediato que el anterior: de acuerdo con el art. 440 C.com., el afianzamiento mercantil debe constar por escrito como requisito esencial, ya que si no *no tendrá valor ni efecto*. Y no cabe duda de que en la mayor parte de los supuestos de hecho que nos encontremos en la práctica estaremos, en su caso, ante una garantía mercantil, a la luz del art. 439 C.com.

Nos encontramos de nuevo, pues, ante otro elemento de distinción que determina una mayor protección del acreditante bajo el régimen del mandato que bajo el de la mera garantía (fianza).

3.4. Pluralidad de personas que dan el encargo de dar crédito.

También en este punto el acreditante obtendría mayor garantía de considerarse el mandato de crédito como mandato, ya que frente a la solidaridad de los varios mandantes (art. 1.731 C.c.) existe la mancomunidad de los varios meros garantes (art. 1.837 C.c.) (30).

(30) V., para el Derecho italiano, DUSI (*Istituzione ...*, cit., p. 198).

3.5. Extinción del mandato de crédito.

De acuerdo con el art. 1.732 C.c., según la versión últimamente modificada por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el mandato se acaba por su revocación, por la renuncia del mandatario, o por la muerte, incapacitación, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario. El C.com., más ajustado a lo que será la realidad habitual del mandato mercantil, restringe los supuestos de extinción a la revocación del comitente (o de sus causahabientes, en caso de muerte, o sus representantes, en caso de inhabilitación (arts. 279 y 280)), y a la muerte o inhabilitación del comisionista (art. 280). No obstante, dada la permeabilidad que existe entre los ámbitos civil y mercantil, es conveniente analizar el art. 1.732 C.c., más amplio que las normas mercantiles citadas.

64

A los efectos prácticos, ni la revocación del que da el encargo ni la renuncia del acreditante, que serán aplicables de considerar el mandato de crédito como mandato, supondrán diferencias prácticas de peso de considerar el mandato de crédito como mera garantía: mientras que la revocación puede hacerse equivalente a una sustitución de la garantía (lo que nos lleva al art. 1.843 C.c.) (31), la renuncia del acreditante se identifica con una renuncia del acreedor garantizado a la fianza. No deben verse aquí mayores diferencias.

La muerte del que da el encargo o del acreditante supondrá también una causa de extinción del mandato, pero que, creo, no será aplicable al caso de muerte del mandante de crédito, aunque se considere como mandato, tanto por la aplicación frecuente del art. 280 C.com., como por la opi-

(31) Para una fundamentación más completa de este razonamiento, *vid.* mis argumentos sobre revocación y renuncia en págs. 54-55.

nión doctrinal y jurisprudencial respecto del art. 1.732.3º C.c. en los casos de mandato en interés del mandatario o de terceros (32). Añádase a ello la posibilidad de considerar esta causa de extinción como de carácter dispositivo (33).

Por lo que se refiere al acreditante, no cabe duda de que a su muerte se extinguirá el mandato de crédito, de considerarse como mandato; creo, no obstante, que la extinción no afecta a la obligación del mandante bajo el art. 1.729 C.c. Por ello, si el acreditante muere antes de cumplir el encargo, la extinción del mandato de crédito no tendrá mayores consecuencias; si la muerte se produce dado ya el crédito, los herederos del mandatario serán titulares de derechos frente al beneficiario bajo el contrato de crédito, y frente a quien dio el encargo bajo el art. 1.729 C.c. En consecuencia, aunque el mandato se haya extinguido formalmente, en lo esencial la situación es igual que si permaneciese en vigor.

Las conclusiones a las que llego en los casos de muerte son aplicables, *mutatis mutandi*, a los casos de incapacidad, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del mandante o mandatario, según sea el caso.

Frente a este elenco de posibles causas de extinción del mandato de crédito, considerado como mandato, distinta debe ser la consideración si se estima que el mandato de crédito es una garantía: en este último caso la muerte, incapacita-

(32) LACRUZ, *Elementos* ..., II, vol. 2.º (ed. 1995), p. 248; GORDILLO CAÑAS, en su comentario al art. 1.732, *Comentarios* ..., cit., p. 1582. Para ABBADESSA, aunque las causas de extinción del mandato pueden aplicarse analógicamente al mandato de crédito, no debe admitirse, para este último contrato, los supuestos de muerte o incapacidad sobrevenida de mandante o mandatario (*op. cit.*, pp. 536-537). Alega este autor el carácter personal de la actividad del mandatario, o la naturaleza instrumental de la relación respecto a la administración del patrimonio del mandante. En mi opinión, ambos caracteres, con ser ciertos, no existen en muchísimos casos de mandatos ordinarios, que no por no tenerlos dejan de ser, y de ser admitidos, como tales mandatos (por ejemplo, en todos los que el mandatario desarrolla su actividad de modo profesional).

(33) BARBERO, *Sistema* ..., cit., p. 248; ALBALADEJO, *op. cit.*, p. 321.

tación o declaración de prodigalidad de garante o garantizado en nada afectará a la garantía ya constituida.

La quiebra tampoco extingue la garantía; ello es claro en el caso de que el quebrado sea el garantizado. Si quien quiebra es el garante, el crédito accesorio del garantizado sigue en pie, aunque, qué duda cabe, tendrá menor contenido en la práctica.

En conclusión, no parece que quepa hablar de diferencias de relieve entre el mandato de crédito considerado como mandato, y el mandato de crédito considerado como mera garantía, en lo que a sus causas de extinción se refiere.

3.6. Constancia en el balance de quien encarga dar crédito.

66 Uno de los pretendidos aspectos positivos que se predicán de las cartas de patrocinio es que no aparecen en el balance de su emisor, con las ventajas que ello conlleva (mayor capacidad para cumplir los coeficientes que el Banco de España impone a las entidades financieras, por ejemplo).

En mi opinión, esta ventaja, en lo que se aplica a las cartas de patrocinio, es más que discutible, por una razón sencilla: las cartas de este tipo pueden producir obligaciones, o no producirlas; si no las producen, claro es que no deben constar en balance; si las producen deberán constar en balance, como cualquier otra obligación, dependiendo de su naturaleza y de su mayor o menor contingencia, lo cual quedará al criterio responsable del contable interno y del auditor. Esa pretendida no constancia contable, pues, no tiene consistencia en sí misma, sino que reconduce a la discusión más básica de cuál sea la naturaleza y las consecuencias (incluyendo las contables) de la carta de patrocinio. Lo que me parece poco dudoso es que si se dice que de una carta de patrocinio, continente de un mandato de crédito, surge una garantía análoga a la fianza, no deba incluirse en balance como si fuera una fianza.

¿Qué ocurre si consideramos que el mandato de crédito que contiene la carta es un verdadero mandato? Siendo coherentes, en nuestro caso deberemos llegar a la misma conclusión que la aplicable a las cartas de patrocinio que suponen una garantía, dado el carácter principal (ver apartado IV siguiente) conque quien encarga dar crédito asume su obligación de cobertura. No obstante, creo que en este caso hay lugar para la discusión, porque a pesar de su carácter principal en el mandato de crédito, considerado como mandato, la cobertura de quien encarga dar crédito no deja de ser un pacto expreso entre las partes de una obligación recogida explícitamente por el Código civil (art. 1.729), y no cabe duda de que cuando una persona actúa como mandante en una determinada relación jurídica, no está obligada a introducir en su balance anotación alguna, salvo, quizás, como cuenta de orden (34).

3.7. Conclusión.

Como conclusión de todo lo visto, puede afirmarse que el acreditante, en el esquema del mandato de crédito, gozará de mayor protección si se considera que el mandato de crédito es un verdadero mandato. Ello es claro en lo que se refiere a la extensión y naturaleza de su garantía, las excepciones que le puede oponer quien le encarga dar el crédito, la forma, y el supuesto en que son varios los que dan dicho encargo.

Por lo que se refiere a las causas de extinción de la relación, en cambio, no habría diferencias de relevancia entre considerar el mandato de crédito como un verdadero mandato o como una mera garantía a la que se aplicaran las normas de la fianza.

(34) V., para las cartas de patrocinio en general, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, pp. 674-675.

Sobre las cuentas de orden, pueden revisarse los conceptos básicos en RIVERO, *Contabilidad...*, *cit.*, pp. 149 ss.

IV. La consideración del mandato de crédito en el Derecho positivo español

Vistas ya las importantes diferencias que pueden surgir de concebirse el mandato de crédito como mandato o como mera garantía, está justificado tratar de determinar su verdadera naturaleza jurídica. A ello se dedica esta sección.

4.1. Elementos esenciales del mandato de crédito como contrato.

68

Tal como se ha descrito el mandato de crédito en el apartado II, poco se puede dudar de que nos encontramos ante un contrato: se trata de un negocio jurídico bilateral entre el que encarga y el que acepta el encargo por el que se crean obligaciones para ambas partes (35). Aunque creo que no hace falta discutirse mucho más esta cuestión, sí deben reseñarse, en su apoyo, aquellos autores (inmensa mayoría) que se han decantado por la naturaleza contractual de las cartas de crédito fuertes, de las que el mandato de crédito constituirá en ocasiones (36) un supuesto concreto (37).

Contra, DE CASTRO MARTÍN (38), con quien no puedo estar de acuerdo cuando afirma lo siguiente:

— es un error de perspectiva *valorar el elemento de hecho de los negocios jurídicos a partir del requisito de la intención jurídica de las partes*, lo cual, a mi entender, viene impuesto por el art. 1.281 C.c.;

— no se puede seguir pensando que *el modelo básico de contrato es el acuerdo bilateral mediante el que las partes crean primero unas obligaciones para luego ejecutar las correspondientes presta-*

(35) *Vid.* para el Derecho italiano SIMONETTO, *op. cit.*, p. 154.

(36) Pero no necesariamente siempre. *Contra*, ARCOS VIEIRA, *El mandato ...*, *cit.*, pp. 275 y 281.

(37) *Vid.*, entre otros, ARAMENDIA GURREA, *La llamada ...*, *cit.*, p. 798; ILLESCAS ORTIZ, *Cartas de ...*, *cit.*, pp. 1292 ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Las cartas ...*, *cit.*, pp. 228 ss.

(38) *Las Cartas ...*, *cit.*, pp. 187-188.

ciones, sino que lo habitual, por el contrario, es que *la realización de dichas prestaciones se produzca en el mismo momento en que tiene lugar el contacto entre las partes*, afirmaciones todas ellas que quizás en la teoría pueden resultar sugestivas, pero que, en mi opinión, no se corresponden en absoluto con la práctica, puesto que no basta un *contacto*, sino que es necesario un *contrato* (con independencia de su forma);

—la responsabilidad contractual no deriva, en estos casos, del acuerdo de las partes, sino que *proviene directamente de la decisión que el ordenamiento toma respecto de los comportamientos puestos en juego por las mismas*, a lo cual yo contesto que ese tipo de ordenamiento puede existir en otros países, pero no, desde luego, en España;

—finalmente, que *quien insta a otro a dar crédito a un tercero, y logra efectivamente la concesión del crédito solicitado, no ha de indemnizar al acreditante porque un acuerdo previo le obligue, sino porque el ordenamiento ha contemplado y dado relevancia al hecho de haber obtenido la satisfacción del interés que el encargo expresaba*, manifestaciones todas ellas, de nuevo, sugerentes en teoría, pero inaplicables en el caso concreto del ordenamiento jurídico español.

69

Sobre la base de lo anterior, puede caracterizarse el mandato de crédito como un contrato *consensual*, por aplicación del artículo 1.278 C.c., *bilateral* y *oneroso* (ambas partes asumen obligaciones y, por tanto, sacrificios a costa de los asumidos por la otra parte), *commutativo* y (asumámoslo por ahora) *atípico*.

Dentro de la doctrina se viene a coincidir, en lo esencial, en la definición descriptiva del contrato de mandato de crédito: contrato con que una parte da encargo a otra de hacer crédito en nombre y por cuenta propia del que recibe el encargo (39); contrato por el que uno se obliga, frente a la persona que le requiere, a dar crédito a un tercero en nombre y por cuenta propios, contra la obligación del que da el encargo de responder frente al encargado como fiador de una deuda futura (40); contrato con el cual el mandatario se obliga frente al mandante a dar crédito a un tercero, en nombre y por cuenta propios, del que automáticamente deriva a

(39) BARBERO, *Sistema ...*, cit., p. 531.

(40) BOZZI, *La fideiussione ...*, cit., p. 273.

cargo del mandante frente al mandatario la obligación fideiusoria en garantía de la deuda futura de otro (41); mandato u otro contrato de gestión de negocios que se dirige a dar crédito a otro por cuenta propia (42). Entre nosotros, LEÓN ALONSO (43) lo define como contrato por el que una persona, a virtud del mandato conferido por otra, se obliga a dar crédito a una tercera, en nombre y por cuenta propia, y la otra es tenida, a su riesgo y en vía subsidiaria, al cumplimiento de la obligación resultante a cargo del tercero, en dependencia del crédito que le será concedido.

Examino brevemente a continuación cada uno de sus elementos tradicionalmente considerados como esenciales.

a) Sujetos.

Los sujetos que intervienen en el mandato de crédito son tres:

— La persona que encarga que se dé crédito.

— La persona que recibe y acepta el encargo de dar crédito.

— La persona a quien debe darse crédito.

Partes en el mandato de crédito son el que encarga y el que da crédito, de tal modo que su consentimiento es el único necesario para que el contrato que estudio exista y tenga efectos; cuestión distinta es que la colaboración del tercero sea necesaria para que el mandato de crédito tenga su efecto normal, esto es, que finalmente se conceda el crédito. Esta colaboración operará jurídicamente como supuesto determinante de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, en caso de que el beneficiario decida no formar parte en la operación de crédito de que se trate, ofrecida por el acreditante en cumplimiento del encargo recibido. Pero en ningún caso puede decirse que estamos ante un contrato en favor de tercero, ya que por el mandato de crédito el ter-

(41) BURDESE, *Mandante ...*, cit., p. 348.

(42) ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado ...*, cit., vol. 2.º, p. 840.

(43) *El mandato ...*, cit., p. 1084.

cero no adquiere, ni tiene posibilidad de adquirir, derecho alguno (44).

El que encarga dar crédito y el acreditante deberán tener la capacidad necesaria para contratar. Adicionalmente, el acreditante debe tener capacidad para realizar el acto de que se trate, ya que siempre va a actuar en nombre propio frente al beneficiario. Por lo tanto, si se trata de una persona que se dedica a la dación de crédito de manera habitual (*cfr.* art. 1.711 C.c., segundo párrafo) deberá cumplir con la normativa administrativa en su caso aplicable.

Por lo que se refiere al que encarga, debe responderse la pregunta de si necesita la capacidad exigida para dar el crédito de que se trate, o de si le es suficiente tener la capacidad general para contratar.

Para responder a esta pregunta debe tenerse en cuenta el doble objeto del mandato de crédito, como digo en el apartado (b) siguiente: la dación del crédito y la asunción de una obligación de cobertura por el que encarga.

Por lo que se refiere a la dación de crédito, no puede obviarse el hecho de que en el mandato de crédito, tal y como se regula en los diversos ordenamientos de Derecho comparado (*v.*, entre otros, § 778 BGB, art. 1958 *Codice civile*, art. 629 Código civil portugués) y se admite por la doctrina (45), el acreditante actúa por cuenta propia, por lo que los efectos jurídicos del contrato de crédito con el beneficiario no van a recaer, ni directa ni indirectamente, sobre el que encarga. En consecuencia, no parece posible exigir una capacidad especial a quien encarga dar crédito, ya que por definición él no es, ni directa ni indirectamente, parte en el crédito, ni a él van a llegar (jurídicamente) sus efectos; su capacidad, pues, debe ser la necesaria para celebrar el mandato de crédito por cuenta propia del acreditan-

(44) ABBADESSA, *op. cit.*, p. 534; BOZZI, *Le fideiussione ...*, *cit.*, pp. 273-274; PUG BRUTAU, *Fundamentos ...*, *cit.*, p. 621; GUHL, *Das Schweizerische ...*, *cit.*, p. 333.

(45) Ver, por todos, las definiciones antes dadas.

te, pero no la que se requiere para dar el crédito, siempre a salvo la aplicación del art. 6.4 C.c. (46).

De hecho, habrá ocasiones en las que por la propia naturaleza del encargo, no quepa más que el acreditante actúe por cuenta propia, ya sea porque el que encarga está sujeto a una prohibición o incapacidad especial, ya sea porque esa misma persona que encarga dar crédito no tiene legitimación para que el crédito se conceda por cuenta suya. En el primer caso, el mandato de crédito se habrá celebrado en fraude de ley y sufrirá la plena aplicación del art. 6.4. C.c.; en el segundo caso, en cambio, el mandato de crédito adquiere gran parte de su sentido, y será plenamente válido (piénsese, por ejemplo, en el encargo que se hace a un acreedor de que conceda una extensión de plazo para que le pague su deudor; en este caso, por naturaleza, el acreditante actuará en nombre y por cuenta propios, ya que sólo él puede conceder el crédito que se le encarga).

72

Por lo que se refiere a la asunción de una obligación de cobertura por el que encarga, debe seguirse el mismo criterio para la generalidad de las obligaciones de garantía. En este punto me adhiero a las tesis más autorizadas dentro de nuestra doctrina (47), según las cuales incluso el menor emancipado puede ser fiador sin necesitar complemento de su voluntad, al no estar excluida la fianza de modo expreso dentro del art. 323 C.c.

b) Objeto.

El objeto del mandato de crédito consiste precisamente en la obligación del acreditante de dar crédito al beneficiario, que tiene como contraprestación una obligación del que encarga, cuyo contenido normalmente será la asunción de la obligación de cobertura que se ha citado ya en el apartado II anterior (48).

(46) Cfr. DIEZ-PICAZO, *La representación* ..., cit., p. 69.

(47) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos* ..., cit., vol. II, p. 418; LACRUZ, *Elementos* ..., II, vol. 2.º (ed. 1995), p. 346; ALBALADEJO, *Derecho civil*, cit., pp. 465-466.

(48) Para el Derecho italiano, v. BURDESE, *Manuale* ..., cit., p. 348; BARBERO, *Sistema* ..., cit., p. 531; BOZZI, *Le fideiussione* ..., cit., p. 273; FLAVONI, *op. cit.*, pp. 54 ss.;

En pura teoría podría pensarse en un mandato de crédito en el que sólo existe encargo de dar crédito, sin que se diga nada respecto a posibles coberturas en beneficio del acreditante. Creo, no obstante, que éste es un supuesto que rara vez se dará en la práctica, donde el acreditante busca con especial afán proteger su posición, sin dejar “ningún cabo suelto”.

Eventualmente puede pensarse en que quien encarga deba pagar una retribución al acreditante. No será éste el caso más frecuente, ya que la remuneración que el acreditante pretenda cobrar se incluirá dentro del contrato de crédito que se celebre con (y a cargo de) el beneficiario. En todo caso, el pago de esa remuneración sería una obligación más de quien encarga que, junto con la ejecución del encargo y la cobertura, formaría el objeto del contrato.

No se piense que hay unanimidad a la hora de definir el objeto del mandato de crédito. Así, ARCOS VIEIRA (49) afirma que el acreditante no se obliga a dar crédito, sino a realizar una gestión; y que el que encarga no se obliga a afianzar, sino, en su caso, y al margen del deber que le incumbe de mantener indemne al gestor, a la contraprestación pactada en retribución de la actividad llevada a cabo.

Por lo que respecta al acreditante debo estar de acuerdo con ARCOS, siempre que se entienda que se habla de una obligación de resultado cuando la autora se refiere a *dar crédito* (ver apartado 4.3 *infra*).

Por lo que respecta al que encarga, en cambio, no puedo estar de acuerdo, ya que negar a su obligación de cobertura el carácter de principal es contrario a lo que, creo, es práctica generalizada en esta estructura. En el mismo sentido, y por la misma razón, no comparto la afirmación de esta autora (*loc. cit.*) de que el mandato de crédito no es per se un contrato oneroso.

A ello debe añadirse que la formulación de la autora (*deber de mantener indemne*) parece ya traslucir una posición a favor del mandato de crédito como mandato, que no creo sea aceptable a estas alturas del trabajo. Dígase lo mismo de las afirmaciones contenidas en pp. 183-184.

ABBADESSA, *op. cit.*, p. 534; DUSI, *Istituzione ...*, *cit.*, p. 198; GRAZIANI, *Studi ...*, *cit.*, pp. 146-147, SIMONETTO, *op. cit.*, pp. 158 ss.; en Derecho alemán. *cfr.* VON THUR, *Derecho civil ...*, *cit.*, p. 205; LARENZ, *Lehrbuch ...*, *cit.*, p. 260, PALANDT, *Bürgerliches ...*, *cit.*, p. 832.

(49) *Op. cit.*, p. 173.

En el mismo sentido que ARCOS VIEIRA, y susceptible de igual crítica en mi opinión, *vid.* DE CASTRO MARTÍN en *Las Cartas ...*, *cit.* (p. ej., p. 180).

c) Causa.

A falta de una adscripción clara (al menos en principio) a una figura contractual típica, la causa es el elemento a diseccionar; será aquí donde se halle la esencia del mandato de crédito, su porqué, lo que me permitirá (así lo pretendo) determinar su régimen jurídico.

A ello se dedican los siguientes apartados.

4.2. La causa en el mandato de crédito. El interés que se satisface a través del mandato de crédito.

74

Se busca aquí determinar la causa del mandato de crédito según se ha definido, desde el punto de vista fáctico, en el apartado II anterior; no trato pues de identificar la causa de ningún contrato típico (en concreto, del mandato o de la fianza).

Tradicionalmente se ha dicho que el mandato de crédito es un contrato atípico mixto, en cuanto que es mandato (encargo) y fianza (50). No debo entrar, al menos por aho-

(50) Así, FERRANDIS VILELLA, en sus anotaciones a ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado ...*, *cit.*, vol. 2.º, p. 843, y PUIG BRUTAU, *Fundamentos ...*, *cit.*, pp. 622-623.

Como contrato típico que presenta analogías con el mandato y la fianza, en Portugal, ALMEIDA COSTA, *Direito ...*, *cit.*, p. 644, y antes, como contrato atípico, VAZ SERRA, *op. cit.*, p. 289.

En Italia, como contrato *sui generis* en el que confluyen elementos de los contratos de crédito y de garantía, BOZZI, *La fideiussione ...*, *cit.*, p. 275, aunque inmediatamente continúe afirmando que, junto a las normas de la fianza, debe aplicársele aquéllas del mandato. GRAZIANI (*Studi ...*, *cit.*, pp. 113 ss.) lo concibe como negocio innominado al que deben aplicarse las disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos y en vía analógica las disposiciones de la fianza (*vid.* en concreto pp. 147-148).

Menos admisibles me parecen otras posiciones que, al intentar abarcar todos los aspectos posibles del mandato de crédito, no llegan a determinar con claridad su naturaleza jurídica. Así, LEÓN ALONSO, *El mandato ...*, *cit.*, de quien deduzco que el

ra, en lo adecuado de esta aseveración (51), aunque sí creo que, al menos en ciertos casos, puede ser correcta en cuanto que recoja dos figuras contractuales típicas. En todo caso, asumiré como punto de partida este carácter atípico del mandato de crédito para poder decir que, en tanto que contrato mixto, el mandato de crédito debe ir dirigido a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico (52). Por ello, lo primero que hay que hacer es determinar, sobre la base de la descripción fáctica que se ha hecho del mandato de crédito, cuáles son los intereses protegidos por esta figura contractual; puesto de otro modo: en interés de quién se concierta el mandato de crédito.

Para ello voy a seguir la metodología de los antecedentes históricos de nuestro propio Derecho (53), distinguiendo en interés de quién se contrae el mandato de crédito. Así, un mandato de crédito puede en principio celebrarse:

— En interés exclusivo de uno solo de los intervinientes: del que encarga, del acreditante o del beneficiario.

— En interés de dos de los intervinientes: el que encarga y el acreditante, el que encarga y el beneficiario, el acreditante y el beneficiario.

— En interés de los tres intervinientes: el que encarga, el acreditante y el beneficiario.

75

mandato de crédito tiene algo de todo, como el propio autor dice: mandato, responsabilidad fideiusoria, préstamo, contrato preparatorio, promesa de contrato o *pactum de contrahendo* (pp. 1085-1086), al cual, a pesar de que no se le puede negar su adyacencia en el área del mandato ordinario, le son aplicables parcialmente las normas tanto del propio mandato como de la fianza (pp. 1092-1093), esto último probablemente justificado por su parcial y eventual naturaleza fideiusoria que abarca la figura en un momento concreto de su desarrollo (p. 1100).

(51) Por ejemplo, de seguirse esta apreciación, debería precisarse que sólo será mandato en cuanto que el acreditante actúe por cuenta del que da el encargo. Igualmente cabe discutir si el mandato de crédito incluye o no una fianza tal y como viene regulada en el Código civil o si se trata de una garantía atípica.

(52) LACRUZ, *Elementos* ..., II, vol. 2.º (ed. 1987), cit., p. 249; *vid.*, entre otras, STS de 3 de noviembre de 1981.

(53) Digesto (17, 1, 2, entre otros muchos), Instituta (3, 26), Partidas (5, 12, 20); GÓMEZ DE LA SERNA/MONTALBÁN, *Elementos* ..., pp. 304-305.

Para ir excluyendo situaciones que no interesan a los propósitos de este trabajo, debemos prescindir de los casos en que quien encarga no tiene interés alguno en la dación de crédito de que se trate; su “encargo”, más que tal, será mero consejo (54), que no le vincula en modo alguno ni con el acreditante ni con el beneficiario, excepción hecha de la posible responsabilidad extracontractual *ex art. 1.902 C.c.*, que puede surgir aquí como en cualquier otro caso en que se causa un daño injustificado a otro (55).

Prescindimos, pues, de los casos en que el entonces mal llamado mandato de crédito se celebra en interés exclusivo del acreditante o del beneficiario, o en interés de ambos conjuntamente.

En los cuatro casos restantes el mandato de crédito se concierta siempre en interés del que encarga (interés que, en la mayoría de los casos, será estrictamente patrimonial, en cuanto que reside en no ver ejecutada la cobertura dada en beneficio del acreditante (56)), sin perjuicio de que, además, también se concierte en beneficio de acreditante o beneficiario. Ese interés podrá ser tan variado como se quiera, siempre que sea digno de la protección del ordenamiento jurídico.

Nótese que hablo ahora de interés para distinguir lo que es mero consejo de un contrato. Cuestión diferente, que se tratará más adelante (*v. apartado 4.3 infra*), una vez aceptada la existencia de un contrato, es determinar la relevancia de ese interés a los efectos de identificar el tipo de contrato a que nos enfrentamos.

En esta situación, nos hallamos ante lo que he definido como mandato de crédito en cuanto que contrato: se trata de una persona (acreditante) que frente a otra (quien encar-

(54) O, si hablamos de cartas de patrocinio, mera dación de información, mero reconocimiento del hecho de la dación del crédito, etc.

(55) Este es el supuesto al que deben asimilarse, en líneas generales, las llamadas cartas de patrocinio “débiles”.

(56) V. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 151.

ga) asume una obligación de dar crédito a un tercero; el que encarga, a su vez, se obliga frente al acreditante a mantenerle indemne en relación con el crédito frente al tercero y, eventualmente, a remunerarle. En cuanto que contrato entre quien encarga y el acreditante, el interés del beneficiario es irrelevante (art. 1.257 C.c.) (57). Igualmente será irrelevante, frente al acreditante, el motivo íntimo del que encarga por el que éste desea que se dé un crédito al beneficiario. Lo relevante será el interés que muestra el que encarga por el hecho de encargar al acreditante la dación del crédito dándole cobertura.

Esto debe servir para afirmar que el estudio del interés que mueve al que encarga es, en sí mismo, irrelevante, siempre que se manifieste finalmente a través del encargo con cobertura; en otras palabras: probado el encargo con cobertura, se presume el interés. Cuestión distinta, que se analiza en el apartado V siguiente, es que ante una situación de duda sobre la existencia del encargo, se acuda a la determinación de un posible interés del que encarga para facilitar la prueba de aquél.

77

El mandato de crédito así entendido será bilateral y oneroso: se ofrece una prestación (dar un crédito) a cambio de una promesa (cobertura). La remuneración al acreditante que en su caso exista no cambiará la naturaleza del contrato, ya que tendrá su contraprestación en la actividad del acreditante dirigida a dar crédito al beneficiario. Desde un punto de vista económico, su exigencia vendrá dada por un mayor riesgo en la dación del crédito o una mayor dificultad en su ejecución (p. ej., necesidad de llevar a cabo estudios complejos, dificultad en la celebración del contrato, etc.).

(57) Cfr. LACRUZ, *La causa en ...*, cit., pp. 734-735, y GULLÓN, *En torno ...*, cit., p. 329.

4.3. El mandato de crédito como contrato típico: como mandato o como arrendamiento de servicios.

Así determinados los intereses que se quieren satisfacer a través del mandato de crédito, podemos plantearnos si cabe adscribir el mandato de crédito a alguno de los contratos típicos regulados en nuestro Derecho. Este paso es obligado para, en caso de llegar a un resultado negativo, poder descubrir qué régimen es aplicable al mandato de crédito en cuanto que contrato atípico.

En la época adriana del período romano clásico el mandato de crédito desarrollaba una función de garantía personal de las obligaciones, análoga a la de la *fideiussio*, estructurándose como un mandato a dar crédito a un cierto deudor, obligando al *mandator* a indemnizar al *mandatarius* de cualquier pérdida derivada del incumplimiento del deudor (58). Es posible, incluso, como dice GUARINO (59), que tal definición ya se hubiera perfilado en buena parte en la fase augustiana del período clásico, y tal vez incluso antes, aunque esta afirmación deba quedar en el ámbito de la conjetura (60). A nuestros efectos, no obstante, esta caracterización es suficiente: se trataba de un mandato como cualquier otro, normalmente ligado a uno o más contratos encaminados a operaciones de mutuo con o sin intereses; su especialidad radicaba en ser un negocio de garantía, pero diferente de las *fideiussio* o cualquier otra estipulación de garantía (61).

Sin embargo, la consideración del mandato de crédito pronto va a cambiar, de tal modo que ya antes de la época justineana se inicia una transición que finalizará, después, en la asimilación (y, en la práctica, en la desaparición) del mandato de crédito a la *fideiussio*, antecedente directo de nuestra fianza. Así se va a reflejar sistemáticamente sin duda en nuestras Partidas, cuya quinta, tit. XII, trata *De las fiaduras que los omes fazen entre fi, por que las promisiones, e los otros pleytos, e las posturas que fazen sean mejor guardadas*, tratando conjuntamente la fianza y el mandato, refiriéndose a éste como obligación *femejante de la fiadura* (Ley XX).

(58) GUARINO, *Mandatum credendi*, cit., pág. 107.

(59) *Loc. cit.*

(60) *Cfr. op. cit.*, pp. 108 ss.

(61) GUARINO, *op. cit.*, pp. 55-56.

Las únicas posibilidades típicas en que puede encuadrarse el mandato de crédito en la actualidad son el mandato (62) y el arrendamiento de servicios, como figuras típicas más comunes en las que una parte desarrolla una actividad, como objeto único y último del contrato (63), en interés de la otra. Rechazo que se pueda asimilar el mandato de crédito a un supuesto especial de fianza, ya que ésta es una garantía, exclusivamente, mientras que el mandato de crédito es un encargo que incluye como elemento principal, pero no único, una cobertura en beneficio del acreditante (64). Podrá llegarse a la fianza, en su caso, mediante la consideración del mandato de crédito como contrato atípico, pero

(62) Este sería el caso del Código de obligaciones suizo, cuyos arts. 408 a 411, incluidos dentro del título relativo al mandato, regulan el mandato de crédito. Por ello, a pesar de que quien encarga responde "como un fiador" (art. 408), y de que sus derechos y obligaciones se rigen por las disposiciones aplicables al fiador (art. 411), debe considerarse que se trata de una forma especial de mandato, lo cual no parece ofrecer grandes dificultades, dados los amplios términos en que este contrato se concibe en el art. 394.

Lo mismo puede decirse del mandato de crédito en el Fuero Nuevo vigente navarro, ley 526, según el cual *quien manda a otro que preste una cantidad o conceda un crédito a un tercero, se hace fiador de la obligación contraída por éste, no obstante lo cual de acuerdo con la Ley 556 el mandato debe interesar al mandante; y se entiende que le interesa en los casos previstos en la Ley 526* (v. ARCOS VIEIRA, *El mandato ...*, cit., p. 156; *contra*, al menos por su sistemática, SALINAS QUIJADA, *Derecho ...*, cit., pp. 89-91).

También en Alemania, sobre la base del § 778 BGB, se concibe este contrato como mandato, sin perjuicio de que por imposición legal le sean de aplicación determinadas normas de la fianza (contenido y extensión de la responsabilidad, excepciones del fiador, crédito de repetición, pretensión de liberación, terminación) (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *op. cit.*, vol. 2.º, p. 842).

(63) Esto es, sin que la actividad sea un medio para conseguir un fin que es el realmente querido por la contraparte, como puede ocurrir en otros contratos (compraventa, arrendamiento, etc.).

(64) En el mismo sentido, BOZZI, *La fideiussione ...*, cit., pp. 274-275; FLAVONI, *op. cit.*, p. 58; GRAZIANI, *Studi ...*, cit., p. 122 y SCAEVOLA, *op. cit.*, v. I, p. 482.

Para el Derecho alemán, v. ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado ...*, cit., vol. 2.º, p. 841.

ROCA SASTRE estima que nos encontramos ante un contrato de garantía con obligación condicionada (*Estudios ...*, cit., p. 191).

En contra de mi opinión, de modo injustificado a mi entender, en cuanto que prescinde de la idea de encargo y de la obligación del acreditante, frente al que da el encargo, de dar crédito al tercero, v. ARCOS VIEIRA, *El mandato ...*, cit., p. 157.

nunca si se intenta encuadrar directamente al mandato de crédito en una de las figuras contractuales típicas de nuestro ordenamiento jurídico (65).

Podría considerarse si el mandato de crédito es una forma de arrendamiento de obra, donde la dación del crédito sería un resultado a conseguir por el arrendatario. Si bien en principio podría aceptarse un mandato de crédito en el que la dación del mismo funcione como resultado, ello exigiría que el que encarga instruyera hasta el último detalle sobre cómo y en qué condiciones debería darse el mandato; sólo así podría concebirse la dación de crédito como resultado (o se da como se ha convenido, o no se da), sujeto al consentimiento del tercero, que actuaría como condición suspensiva. En cuanto se dejara algún ámbito de libertad de actuación al acreditante (determinar la cuantía del crédito, su plazo, interés, etc.) su actividad ya no podría considerarse como resultado, ya que la dación de crédito dependería de una negociación a la que no cabría aplicar los rígidos criterios de este tipo de obligaciones.

Aparte estas disquisiciones, creo que es irreal pensar en cartas de patrocinio que, además de un encargo, incluyan hasta el más mínimo detalle del crédito que se ha de dar. Por ello, aun sin negar la posibilidad de que teóricamente puede darse uno de estos casos, no los tomamos en consideración a los efectos de este trabajo, ya que, dada la claridad de sus características, su régimen jurídico no debería presentar grandes dificultades.

Así las cosas, la discusión debe centrarse en aclarar si el mandato de crédito cabe bajo alguno de los dos supuestos típicos de contrato citados. De llegar a un resultado negativo, podremos analizar el régimen aplicable al mandato de crédito en cuanto contrato atípico, en cuyo caso habrá que abrir, casi con total seguridad, la puerta a la regulación de la fianza, aunque sea de modo subsidiario. Nótese, por otro lado, que de llegar a la solución de que el mandato de crédito es un arrendamiento de servicios, estaremos muy próximos a una consideración del mandato de crédito como

(65) Cuestión distinta, a la que se ha dedicado el apartado III anterior, y se dedicará el apartado V siguiente, es la relativa a determinar, frente a una carta de patrocinio concreta, si nos hallamos ante un mandato de crédito o ante una mera garantía, y las consecuencias que de esta distinción se derivan.

contrato atípico, dada la práctica inexistencia de regulación positiva general de aquel tipo de contrato.

Un primer elemento de distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, que decantaría la elección en favor de éste y en detrimento de aquél para encuadrar el mandato de crédito, sería el basado en la definición que del mandato nos da el art. 1.709 C.c., de acuerdo con la cual el servicio que presta o la cosa que hace el mandatario lo presta o lo hace "por cuenta de" otra persona. Ese "por cuenta de", podría argumentarse, significa que los efectos jurídicos de la actividad del mandatario han de recaer necesariamente sobre el mandante para poder hablar de mandato. Podría decirse entonces, hablando en concreto del mandato de crédito, que como por definición el acreditante actúa por cuenta propia, los efectos del contrato de crédito con el beneficiario siempre permanecen en el acreditante, y que, en consecuencia, no nos hallamos ante un verdadero mandato, sino ante algo distinto.

81

Lo anterior puede parecer una solución atractiva, por lo sencilla. De hecho, esa parece ser la vía fundamental seguida por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo para identificar el mandato (66). En mi opinión, no obstante, esa solución no es en absoluto acertada. Es sumamente arriesgado tratar de basar ningún razonamiento jurídico en el art. 1.709 C.c., que constituye un supuesto ejemplar de lo que no debe ser una definición: tan general que, dentro de ella, cabe cualquier cosa o servicio que se haga o preste en beneficio de tercero. Este artículo tiene un contenido prácticamente igual al del art. 1.544 C.c. e, incluso, al del art. 1.088 C.c. en lo que a las obligaciones de hacer se refiere, por lo que en buena técnica no debe utilizarse (al menos como única base) para definir el mandato.

(66) ALBACAR/MARTÍN GRANIZO, *Código civil ...*, cit., p. 274; LEÓN ALONSO, en su comentario al art. 1.709, en *AA.VV.*, "Comentario ...", p. 1525.

Más en concreto, basarse en la expresión “por cuenta de”, además de arriesgado, es arbitrario, porque no hay unanimidad sobre lo que esta expresión pueda significar (67). Quizás quiera ligarse la discusión sobre este punto con aquella otra relativa a la relación entre mandato y representación, en el sentido de que “por cuenta de” significa, como ya he avanzado, la traslación de los efectos jurídicos de la actividad del mandatario al mandante (68).

Sobre esta cuestión, parece que no hay discrepancias al aceptar que el mandato puede ser tanto representativo como no representativo. En el primer caso se incluiría el mandato directamente representativo (mandato más poder, de tal modo que el mandatario actúa frente a terceros en nombre y representación del mandante, quien recibe directamente los efectos de la relación con el tercero) y el indirectamente representativo (mandato sin poder, estando el mandatario obligado a trasladar al mandante los efectos de su actividad frente a terceros, en línea con el art. 1.720 C.c.).

En el mandato no representativo, en cambio, el mandatario no trasladaría efecto alguno de su actividad al mandante. Esto ocurriría, en opinión de quien más en profun-

(67) ARCOS VIEIRA (*El mandato ...*, *cit.*), aunque al final llega a la misma idea que la que aquí defiende en relación a la validez de la expresión “por cuenta de” como criterio definidor del mandato (p. 144), dedica cinco páginas a tratar de descubrir lo que pueda significar la expresión *por cuenta o encargo*, para llegar a una conclusión, la de la adición de ambos términos (hace falta que se actúe por cuenta del mandante y por encargo suyo) que, si bien pudiera aceptarse en el campo de los conceptos, no puede admitirse en el del Derecho positivo, ya que la conjunción *o* puede significar muchas cosas, pero nunca podrá hacerse equivalente a *y*.

Para mí, la posible alternancia o igualdad de la expresión legal no es más que una nueva muestra de la mala técnica de redacción de nuestro legislador que, en su caso, obliga a hacer equivalentes ambas expresiones.

(68) He escogido la significación de “por cuenta de” que más puede dificultar la inclusión del mandato de crédito dentro de la figura del mandato. Como digo, puede haber otros significados de esta expresión que facilitarían esa inclusión. Así, por ejemplo, cuando se hace equivalente a “actuar en interés de”, sentido que recogía BIGIARI, *op. cit.*, p. 154, antes de que entrara en vigor el actual *Codice civile*, lo cual da especial relevancia a esta significación. En el mismo sentido, para el Derecho portugués, v. NETO/MARTINS, *op. cit.*, p. 905.

En España, v. PUIG BRUTAU, *Fundamentos ...*, *cit.*, pp. 395-396.

didad ha estudiado esta cuestión en nuestro Derecho (69), sólo en aquellos casos en que la actividad que debe desarrollar el mandatario no exija relacionarse de ningún modo frente a terceros.

En todo caso, queda admitido el principio de que cabe mandato representativo y no representativo. Parece, pues, que “por cuenta de” no puede entenderse como transmisión de efectos jurídicos del mandatario al mandante, ya que, como acabo de explicar, hay mandatos ordinarios, del art. 1.709 C.c., que no transmiten efecto jurídico alguno al mandante.

Sentado lo anterior, y aceptada la posibilidad del mandato no representativo, creo que es posible afirmar, a partir del articulado del C.c. sobre el mandato, que cabe un mandato en el que el mandatario se relaciona con terceros, y del que no se derivan para el mandante efectos de la actuación del mandatario frente a dichos terceros.

Lo esencial en el mandato es que el mandante se constituya en la piedra angular, en el origen y sustento de la relación que existe, y es así como aparece en el mandato de crédito: el interés del que encarga en que se dé crédito no es el interés que existe en cualquier relación sinalagmática, sino que constituye parte del propio contenido de la relación obligatoria; la satisfacción del interés en este caso constituye no el deber naturalmente existente en toda relación obligatoria, que el deudor (en nuestro caso, el acreditante) debe cumplir salvo que le suponga un sacrificio relevante (extralimitando lo que impondría la naturaleza de la propia obligación, la buena fe, el uso o la ley —*cfr.* art. 1.258 C.c.—), sino que realmente forma parte del objeto de la obligación, por lo que debe elevarse al rango principal que en cuanto tal ha de tener (70).

Pasando a la regulación que contiene nuestro C.c. sobre el mandato, pueden encontrarse normas que permiten la exis-

(69) DIEZ-PICAZO, *La representación ...*, cit., pp. 64 y 67.

(70) ABBADESSA, *op. cit.*, p. 534; SIMONETTO, *op. cit.*, p. 152; LEÓN, *El mandato ...*, cit., pp. 1090 y 1095. Para el mandato en general, v. BAVETTA, *op. cit.*, p. 340.

tencia de un contrato de este tipo en el que no sea necesario (o no pueda existir) transmisión de ningún efecto jurídico a la esfera patrimonial del mandante.

En efecto: el art. 1.727 C.c. obliga al mandante a *cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato*. Sobre este texto, debemos preguntarnos si es posible que las partes acuerden que el mandante no deberá cumplir ninguna de las obligaciones asumidas por el mandatario en ejecución y dentro de los límites del mandato, sino que será el mandatario quien deba cumplir esas obligaciones, limitándose a él sus efectos. Creo que ello es perfectamente admisible sin alterar la naturaleza del mandato; de hecho, no hay más que atender a aquellos casos puros de mandato en los que no cabe aplicar el art. 1.727 C.c. Así, en la llamada *delegazione allo scoperto* (71), en la que el delegado, sin tener deuda alguna con el delegante, se obliga a pagar al delegatario en interés del delegante, figura que se considera sin mayores problemas como contrato de mandato.

Igualmente, en el caso de un mandato para donar puramente, ¿qué obligación puede haber asumido el mandatario que deba cumplir el mandante? Y no puede dudarse en ningún caso de que estamos ante un mandato (72). La misma pregunta puede hacerse para el mandato de dar préstamo: si el mandatario ha cumplido el encargo, ¿a qué obligación puede referirse el art. 1.727 C.c., si por definición no hay ninguna que el mandatario haya asumido frente al tercero?

Las dos STS que tradicionalmente se citan al hablar del mandato de crédito, de fechas 8 de octubre de 1927 y 22 de diciembre de 1941, pueden ser un buen ejemplo a estos efectos y demuestran, además, la arbitrariedad con que se usa la expresión “por cuenta de”.

En el supuesto de la STS de 8 de octubre de 1927 fue el beneficiario quien exigió a los mandantes que le buscaran un mandata-

(71) BIGIAMI, *La delegazione, cit.*, pp. 154-157.

(72) Digesto (39, 5, 19, 3), art. 778 *Codice civile*, BIGIAMI, *op. cit.*, pp. 158-159.

rio para darle una garantía por una deuda de aquéllos. No cabe duda de que dar garantía es una forma de dar crédito, y no cabe duda tampoco de que en ese caso el mandatario debía dar la garantía en su propio nombre, porque, como dice la propia sentencia, el beneficiario *precisamente pretendió esa mayor garantía* (la del mandatario) sobre la de los mandantes. Es decir, era una garantía propia del mandatario, y los efectos de la obligación de dar garantía terminaban en él, no eran traspasables a los mandantes, ya que entonces habría perdido su sentido frente al beneficiario. Sólo sería traspasable el efecto económico de la garantía a los mandantes, y con efectos sólo frente al mandatario, si aquéllos hubieren incumplido su obligación. El mismo esquema, al final, que el que se predica del mandato de crédito.

Situación muy similar, si se quiere más próxima aún al mandato de crédito, se daba en el caso enjuiciado por la STS de 22 de diciembre de 1941: las mandantes encargan al banco mandatario que preste por cuenta de ellas el servicio de avalar unas letras a un tercero. Ahora bien, eso no significaba que las mandantes debieran cumplir todas las obligaciones que el banco mandatario hubiere contraído dentro de los límites del mandato (*cfr.* art. 1.727 C.c.), sino, como la propia sentencia reconoce, que cubrieran el riesgo que hubiere podido causarse al banco si no cobraba el importe de lo que por el aval pagara. Ciertamente, de nuevo, no veo la diferencia entre este esquema y el del mandato de crédito, salvo la recurrente alusión al *por cuenta ajena*.

Lo anterior se reafirma si repetimos el análisis respecto del art. 1.720 C.c. Al igual que en el caso anterior, creo indiscutible la admisibilidad de pacto en contrario al art. 1.720 C.c. (en concreto, de pacto contrario a la obligación de *abonar al mandante cuanto [el mandatario] haya recibido en virtud del mandato*) sin que por ello el contrato deje de ser mandato (73). Podemos de nuevo preguntarnos, ¿qué sentido tiene, en un mandato de crédito, decir que el mandatario abone al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, si lo que recibe es consecuencia del crédito concedido con fondos propios del mandatario? En este caso pa-

(73) V. BILE, *Il mandato ...*, cit., p. 123, MOLLA, *Il mandato ...*, cit., pp. 255-259. En el mismo sentido (paradójicamente - *cfr.* pie de página 77) CRESPO ALLUE, *La revocación ...*, cit., pp. 318 y 319.

rece que el art. 263 C.com. está redactado con mayor precisión, al referirse exclusivamente a la rendición de cuentas de las cantidades percibidas *para la comisión*, debiendo reintegrar al comitente *el sobrante*, y no “cuanto haya recibido en virtud” de la comisión.

Por ello, para los supuestos de anticipación de fondos por el mandatario (como es el caso del mandato de crédito) debe aplicarse el art. 1.728 C.c., párrafo segundo, a la luz del art. 1.729 C.c., con preferencia al art. 1.720 C.c.: el mandante debe reembolsar al mandatario lo que éste hubiera anticipado *precisamente cuando* el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. Sólo así se evitará una ida y vuelta de sumas de dinero (ida al mandante bajo el art. 1.720 C.c., y vuelta al mandatario bajo el art. 1.728 C.c.) carente de toda lógica.

86 En el mismo sentido debe entenderse también el art. 1.725 C.c., que es aplicable al caso de mandato sin poder (74): en este caso el mandatario *es responsable personalmente a la parte con quien contrata*, por lo que no hay razón para que se le prive de tener, con igual título, los derechos que en contraprestación a esa responsabilidad puedan corresponderle frente a dicha parte.

Así pues, sobre la base de todos estos razonamientos, debe admitirse la tesis de que el mandato, aun en los casos en que el mandatario se relaciona con terceros, puede ser no *jurídicamente* representativo, directa ni indirectamente, y el mandatario puede actuar sin que los efectos *jurídicos* (75) de su hacer deban ser traspasados necesariamente al mandante. En consecuencia, lo que en ningún caso podrá admitirse, en mi opinión, es que para que un contrato pueda calificarse como mandato es necesario no sólo que el mandatario se obligue a desarrollar una determinada actividad, sino que el resultado de tal actividad no permanezca en el

(74) Cossio, *Instituciones ...*, cit., p. 446.

(75) Pero sí los *económicos*, como más adelante se explica.

mandatario (76). En mi opinión, los que así piensan están separando artificiosamente lo jurídico de lo económico, cuando aquéllo está en función de esto último.

Esta afirmación nos debe llevar a otra conclusión, si se quiere secundaria, en cuanto que de orden sistemático y gramatical, pero esencial para entender la confusión que existe en torno al mandato de crédito: puesto que el mandato puede ser representativo o no representativo, la expresión “por cuenta de” del art. 1.709 C.c. ya no puede ligarse a la idea de representación, porque tan mandato es el que la incluye como el que no. Por lo tanto, cuando se niega la naturaleza de mandato al mandato de crédito porque en éste el mandatario actúa por cuenta propia (77), se está confundiendo el actuar “por cuenta de” con el interés que se gestiona, lo cual, quizás, sea válido en otros ordenamientos jurídicos, pero no necesariamente en el nuestro.

Aclarado lo anterior, hay que concluir que la “representatividad” del negocio no puede servir para decidir la elección del mandato o del arrendamiento de servicios como figura típica en la que incluir el mandato de crédito. Hay que seguir investigando, pues, para encontrar un criterio diferenciador de ambos contratos que, eventualmente, se identifique dentro del mandato de crédito.

87

En todo caso, para los que quieran seguir aferrados a la idea de transmisión de efectos jurídicos al mandante, piénsese que también la estructura del mandato de crédito puede respetarlo. Repito lo ya sabido: el art. 1.720 C.c. obliga a que el mandatario abone al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato. Eso significa traspasar al mandante tanto la parte positiva como negativa de la relación con el tercero. En el mandato de crédito la parte negativa es asumida por el que encarga por medio de la cobertura que éste concede al acreditante.

Por lo que se refiere a la parte positiva (fundamentalmente el derecho de reembolso, y el derecho al beneficio —interés— que se obtenga con la concesión del crédito) puede entenderse sin violencia que se cede al acreditante en pago por sus servicios (a añadir a la cobertura, que constituye, como he señalado antes, una presta-

(76) Así, GRAZIANI, *Studi ...*, cit., p. 137.

(77) Así, CRESPO ALLUE, *La revocación ...*, cit., pp. 229 y 231.

ción en sí misma) o, como permite el art. 1721 *Codice civile* para el ordenamiento italiano, que se pacte la posibilidad de que el acreditante se satisfaga sobre los créditos pecuniarios surgidos de los negocios que ha concluido (78).

¿Qué diferencia entonces el mandato del arrendamiento de servicios? Ya queda apuntado que la existencia o no de representación no es un criterio suficiente para distinguir ambas figuras: cabe mandato con y sin representación, del mismo modo que cabe arrendamiento de servicios con y sin representación.

88

No es ésta tarea fácil; la transmisión de efectos del mandatario al mandante ha sido uno de los criterios que tradicionalmente se ha utilizado para distinguir mandato de arrendamiento de servicios. Por otro lado, si observamos los otros caracteres que se suelen predicar del mandato, podrá verse que son igualmente aplicables al arrendamiento de servicios: ambos suponen un mecanismo o fenómeno de cooperación; ambos incluyen como elemento la ajenidad del interés que se gestiona; ambos pueden ser gratuitos u onerosos, unilaterales o bilaterales; ambos, en fin, se basan en un cierto grado de confianza.

Siendo éstas algunas de las características que se atribuyen al mandato, trataré de poner un ejemplo de arrendamiento de servicios al que le sean todas ellas igualmente aplicables. Imaginemos el asesoramiento de un abogado, ejemplo típico de arrendamiento de servicios: sin duda, es un mecanismo o fenómeno de cooperación (como, de hecho, lo es todo contrato), en el que se da la ajenidad del interés que se satisface, y que puede ser tanto oneroso (que será lo normal) como gratuito (imagínese la prestación que se haga en beneficio de un amigo, o de un familiar). Por último, no puede caber duda de que cuando una persona se pone en manos de un abogado está depositando en él su confianza para que le resuelva el problema que pueda tener.

(78) V. BARBERO, *Sistema ...*, cit., p. 241. En Derecho francés, BUGNET, *Oeuvres ...*, cit., pp. 192-193.

La coincidencia en estos elementos son muestra de su insuficiencia como criterios diferenciadores de aquellos casos, numerosos en la práctica, en que cabe razonable duda de si estamos ante un mandato o un arrendamiento de servicios.

Aun se habla de dos criterios más, basados en el tipo de servicio que se presta. Me refiero al hecho de que la cooperación se dé vía sustitución, y a que sea jurídicamente relevante.

Empezando por este último elemento, suele aceptarse como característica válida para diferenciar mandato de arrendamiento de servicios el que si la prestación es jurídicamente relevante, estamos ante un mandato. Este criterio puede ser válido en líneas generales, aunque, debe reconocerse, siempre habrá casos dudosos. Así, no deja de ser paradójico que el asesoramiento de un abogado, como arrendamiento de servicios que es, deba ser considerado como no relevante jurídicamente para excluirlo de la categoría del mandato.

89

Por otro lado, el concepto de la cooperación vía sustitución va unido, necesariamente, a la idea de la posibilidad o imposibilidad de aquél en cuyo beneficio se presta el servicio, de llevar éste a cabo por sí mismo: en caso de posibilidad, nos encontraremos —se dice— en un supuesto de mandato; en caso de imposibilidad, de arrendamiento de servicios.

Este criterio, con ser válido en la mayoría de las ocasiones, adolece de un carácter totalmente objetivo, lo que le hace depender de la situación subjetiva en que en cada caso concreto se encuentren las partes; ello, desde luego, no es un punto a su favor.

Las críticas a estos dos criterios son, en sí mismas, válidas, teniendo siempre en cuenta que se refieren a casos puntuales, de especial difícil configuración, y que no empecen para la validez general de ambos criterios. Esta validez aumenta si se tienen en cuenta los dos criterios conjuntamente: pensar en un arrendamiento de servicios en el que se den las notas de cooperación jurídicamente relevante, vía

sustitución, parece realmente difícil (aparte del caso recurrente del asesoramiento de un abogado).

No obstante, las pretensiones de este trabajo son más modestas que el tratar de conseguir diferenciar mandato de arrendamiento de servicios desde una óptica general; me doy por satisfecho con poder identificar un caso concreto dudoso, cual es el mandato de crédito. Y creo que, después de lo visto hasta aquí, puede afirmarse que el mandato de crédito es un mandato ordinario, ya que:

— En el mandato de crédito la actividad que desarrolla el acreditante es, qué duda cabe, *jurídicamente relevante*, en cuanto que consiste en la celebración de un contrato (o, en su caso, modificación o extinción de otro anteriormente celebrado). La doctrina coincide en señalar que ser jurídicamente relevante no significa que el mandato se ciña exclusivamente a la celebración de negocios jurídicos, por lo que, implícitamente, se está afirmando que la celebración de negocios jurídicos es objeto propio del mandato (79).

90

Y si por carácter jurídico de la actividad que se desarrolla se hace referencia a la necesidad de trasladar los efectos del mandatario al mandante, me remito a lo ya explicado sobre esta cuestión en las páginas anteriores, a lo que añadido ahora la necesaria distinción entre, por un lado, interés del mandante satisfecho por el mandatario, y, por otro lado, interés en el negocio que se desarrolla bajo el mandato (en nuestro caso, dación del crédito), el cual puede implicar tanto a mandante como a mandatario, y cuyos efectos no tienen porqué trasladarse al mandante (80).

— En el mandato de crédito el acreditante *sustituye* al que encarga en la dación del crédito. El que encarga normalmente puede dar el crédito al beneficiario (tiene capacidad de crédito —lo cual no significa necesariamente que ten-

(79) Vid. por todos LACRUZ, *Elementos* ..., II, vol. 2.º (ed. 1995), p. 226.

(80) Cfr. LACRUZ, *Elementos* ..., II, vol. 2.º (ed. 1995), p. 226.

ga liquidez) pero, por la razón que fuere, quiere hacerlo a través de una persona interpuesta (81).

Esta sustitución se aprecia mejor si se considera quién soporta finalmente, en la operación del mandato de crédito, el riesgo de insolvencia del beneficiario, que no es otro que el que encarga. El es pues, en última instancia, quien da crédito, y lo da porque lo tiene (porque lo tiene, el acreditante acepta su papel intermedio entre quien encarga y el beneficiario) (82).

— En definitiva, en el mandato de crédito se da una *relación triangular* (desde el punto de vista de los intereses afectados) típica de todo mandato, que está ausente, al menos con carácter general, en el arrendamiento de servicios.

Adicionalmente, el mandato de crédito recoge los demás elementos característicos del mandato ordinario (fenómeno o mecanismo de cooperación, ajenidad del interés que se gestiona, y grado de confianza que se pone en el mandatario).

91

Al final, estamos hablando de que mediante el mandato de crédito, por el encargo de una persona (83), el acreditante está realizando frente a un tercero una gestión en interés de aquélla, lo cual caracteriza, con todas las dudas y zonas grises que se quieran, el contrato de mandato (84) (85).

(81) FLAVONI, "Mandato di credito", en AA.VV., *Trattato ...*, cit., p. 54.

(82) SIMONETTO, *op. cit.*, p. 152.

(83) Cuestión ésta esencial, ya que si hay encargo, hay *prima facie* un mandato (cfr. art. 1.709; v. SIMONETTO, *op. cit.*, pp. 154-155).

(84) Como apoyo a esta tesis, *vid.* los argumentos que una situación, si no idéntica, sí muy similar, cual es la emisión de una letra de favor, esgrime PAZ-ARES (AA.VV., "Derecho cambiario ...", cit., pp. 212 ss., y en especial pp. 216 y 217). *Contra* (para el caso concreto de la firma de favor), VELASCO SAN PEDRO, en AA.VV., "Tratado ...", cit., pp. 604-610.

(85) El esquema opuesto se observa en el caso en que habiéndose acordado la concesión de un crédito, el acreditado encarga al acreditante, que acepta, que se entregue la suma de dinero objeto de contrato a un tercero. Frente al mandato que tiene como objeto un préstamo (mandato de crédito), tenemos aquí un préstamo que incluye un mandato. En este último caso, no obstante, no cabe duda de que la acción del acreditante bajo el contrato de crédito sólo puede dirigirse contra el acreditado precisamente por virtud de dicho contrato (*actio creditae pecuniae*) (v. Diges-

Dentro de la doctrina italiana defienden también la naturaleza del mandato de crédito como mandato BARBERO (86), BRAGANTINI (87), MICCIO (88) y BUCERA (89).

En Derecho español no se define con claridad CARRASCO PERERA (90). FERNANDO MERINO (91), por su parte, tampoco se define claramente, además de mostrar falta de claridad en ciertas diferencias como las que existen entre mandato y representación, y entre *en nombre de* y *por cuenta de* (92).

LEÓN ALONSO, por su lado, si bien parece estar en la línea de SIMONETTO, que comparto, hace afirmaciones que permiten dudar de cuál es el razonamiento de fondo de su argumento, ya que si bien me parece razonable afirmar que el mandante debe tener algún interés que le lleve a ser garante de la deuda del tercero, creo exagerado afirmar que el mandante es el gran beneficiado por el mandato de crédito, por mucho que trate de justificarse con sus relaciones subyacentes con el tercero, o con ciertos enemigos de la aproximación técnica del mandato de crédito al mandato común (93), y contradictorio con el papel de fiador que se le concede (94). Ello, por otro lado, lleva a contradecirse a este autor, ya que con posterioridad afirma el lugar de auténtico privilegio del tercero, que sin obligarse a nada *ab initio*, lo va a recibir todo por parte de los dos sujetos concluyentes de la original relación (95).

Entiendo que ARCOS VIEIRA se decanta por la opción del mandato en lo que respecta al C.c. (96).

Por contra, la posibilidad de revocación y de renuncia, supuestos de extinción del mandato, se ha esgrimido en ocasiones para rechazar la consideración del mandato de crédito como mandato. En mi opinión, estos intentos son vanos.

Por un lado, quien encarga dar crédito siempre podrá revocarlo salvo que sea irrevocable, lo que dependerá de la existencia de un interés del acreditante.

to (14, 3, 19, 3) y BIGIAMI, *La delegazione*, cit., p. 158. Contra, GUILLOUARD, *Traité* ..., cit., pp. 360-361).

(86) *Op. cit.*, p. 531.

(87) *Il mandato de credito*, Milano, 1939.

(88) "Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni", en *Commentario del Codice civile*, IV, t. 4, Torino, 1966, p. 565.

(89) *Il Codice* ..., cit., pp. 424-426.

(90) *Op. cit.*, p. 659.

(91) "El mandato de crédito", en AA.VV., *Tratado* ..., cit., pp. 813 ss.

(92) Ver en especial pp. 825-827 y 834-836.

(93) "El mandato ...", cit., p. 1091.

(94) P. 1107.

(95) P. 1097.

(96) "El mandato ...", cit., pp. 169, 170 y 220.

La revocabilidad del encargo no planteará mayor problema si el crédito aún no ha sido concedido; caso de que el crédito ya se haya concedido, el encargo seguirá siendo, en principio, revocable, pero si el que encarga efectivamente revoca, deberá mantener indemne al acreditante (lo cual podrá hacerse sustituyendo la garantía por otra igualmente segura) como ordena el art. 1.729 C.c. y acepta comúnmente la doctrina (97), y todo ello sin perjuicio de los arts. 1.717, 1.725 y 1.734 C.c. por lo que al tercero se refiere, que siempre quedará a salvo de las relaciones internas entre su contraparte (acreditante) y quien dio el encargo.

Por lo que se refiere a la renuncia del acreditante, tampoco debe haber problema en admitirla en el mandato de crédito si se concibe como mandato (98), aunque en nuestro caso será infrecuente, ya que renunciar significa perder la garantía del que encarga, y quedarse solo, frente a frente, con el beneficiario del crédito. Por lo demás, el acreditante deberá indemnizar al que encarga en los términos del art. 1.736 C.c.

Como ya se ha reconocido en otras ocasiones (99), quien encarga es el verdadero *dominus* en el mandato de crédito, el protagonista, el centro lógico y económico de la relación trilateral que se crea, ya que, al fin y al cabo, desde el punto de vista económico él es, sin duda, el titular del interés y quien en último término financia la operación, *por cuya cuenta* (económicamente hablando) se hace (100). Y como reconoce SIMONETTO (101), es absurdo que el que encarga dar crédito cree un instrumento dirigido contra sí mismo asumiendo la mera figura de fiador, ya que para eso bastaría, precisamente, con hacer uso de la fianza (102). *No estamos, pues, ante una fianza*, aunque haya una obligación

(97) LACRUZ, *Elementos* ..., II, vol. 2.º (ed. 1995), p. 247.

(98) *Contra*, art. 1958 *Codice civile*.

(99) SIMONETTO, *op. cit.*, p. 152, ESSER, *BGB* ..., *cit.*, p. 357, y, entre nosotros, LEÓN ALONSO, *El mandato* ..., *cit.*, aunque, en mi opinión, sobre bases no totalmente desarrolladas (v. especialmente pp. 1089, 1090 y 1093).

(100) ... *come insegna la pratica quotidiana delle banche e degli affari in genere, in quanto aver credito è come avere capitale e dare e garantire sono fratelli gemelli* (SIMONETTO, *loc. cit.*). *Contra*, ABBADESSA, *op. cit.*, p. 535, quien, no obstante, permite que se apliquen analógicamente al mandato de crédito las normas del mandato.

(101) *Loc. cit.*

(102) V. igualmente pp. 155 ss.

de cobertura por quien da el encargo. *Estamos ante un verdadero mandato.*

GRAZIANI, por su parte (103), se expresa en términos parecidos a los de SIMONETTO, aunque aquel autor no defiende la teoría del mandato: así cuando se dice que en el mandato el elemento esencial es que se trata de un negocio propio del mandante, se quiere decir solamente, con una fórmula sintética, que el negocio desarrollado por el mandatario debe repercutir en el patrimonio del mandante con los pertinentes efectos jurídicos. De modo similar, SCAEVOLA (104), que recoge la idea de que la finalidad propia del mandato está constituida por los negocios de otro, no sólo en el sentido jurídico de la palabra, sino en el sentido económico, porque a todos ellos se ajusta la regulación que da el Código civil del contrato de mandato.

94

A la misma conclusión llega BIGIAMI (105) al estudiar la *delegazione allo scoperto*: cuando el delegado no deudor recibe la invitación [*invito*] de dar una suma de dinero el delegatario en lugar del delegante, aquél actúa ciertamente por cuenta, en interés, de este último, y no cabe duda de que esa invitación es un mandato o, más correctamente, una oferta de mandato.

A lo anterior se opone BOZZI (106), para quien la posición de “mero garante” del que da el encargo confirma que es el encargado el que asume el riesgo de la operación, ya que si el crédito fuese concedido en interés de aquél su posición habría sido diferente y susceptible de tutela autónoma contra el tercero, mientras que frente al encargado el conferente habrá debido considerarse responsable del resarcimiento del daño (107). Razonamiento todo él confuso y que en nada me convence.

(103) *Studi ...*, cit., p. 131.

(104) *Op. cit.*, p. 387, V. I.

(105) *Op. cit.*, pp. 154-157.

(106) *La fideiussione ...*, cit., p. 275.

(107) En el mismo sentido, FLAVONI, *op. cit.*, p. 57.

En conclusión: el mandato de crédito es un mandato porque a su través el acreditante gestiona un interés del que encarga, que no se centra en la dación del crédito en sí mismo considerado; la dación del crédito es un medio, un instrumento, para la satisfacción del interés del que encarga. Cuál sea ese interés es cuestión de interpretación e indagación, pero al final su existencia resulta de la obligación de cobertura que el que encarga asume frente al acreditante, que en sí misma constituye ya un interés jurídicamente relevante a los efectos de calificar la relación como propia de un contrato de mandato (108). Como dice GRAZIANI (109), y, casi con idénticas palabras, SCAEVOLA (110), a propósito de negar al mandato de crédito la naturaleza de fianza, en ésta la intención del fiador de hacer posible la relación de crédito queda relegada a los motivos, y no asume relevancia jurídica, mientras que en la relación del mandato de crédito la relación que debe surgir entre mandatario y tercero constituye el objeto del negocio mismo.

95

Al final de todo, estamos volviendo a lo que ya dijera hace tiempo IHERING: el mandante puede estar interesado en la ejecución de un mandato encaminado a la gestión de los negocios de un tercero, y esto ocurre siempre que en caso de incumplimiento fuese el mismo obligado; más aún: aun cuando no haya un perjuicio pecuniario para el mandante por el no cumplimiento (que sí puede haberlo para el que encarga en el mandato de crédito), puede también haber mandato, ya que el cuidado de una tercera persona es también motivo suficiente para dar un contrato de este tipo (111).

(108) V. SIMONETTO, *op. cit.*, p. 158; LARENZ, *Lehrbuch ...*, *cit.*, p. 260; MOLITOR, *Schuldrecht ...*, *cit.*, p. 146. Cfr. DIEZ PICAZO, *La representación ...*, *cit.*, pp. 264-265 (n.º 186). Se trata, al final, de la misma argumentación utilizada por BORTOLUCCI al defender la naturaleza del mandato de crédito como mandato en Derecho Romano, distinguiendo entre *mea, tua, aliena gratia* y *negotium meum, tuum, alienum* (v. GRAZIANI, *Studi ...*, *cit.*, p. 129).

(109) *Op. cit.*, p. 122.

(110) *Op. cit.*, v. I, p. 483.

(111) *De interés ...*, *cit.*, pp. 38-40.

Entre autores más antiguos, destaca TROPLONG: *el mandato puede concernir al mandatario y a un tercero: por ejemplo, si os mando prestar con interés a Ticio una suma que éste necesita ... El mandato también puede darse en interés exclusivo de un tercero ... El mandato tiene en este caso una base seria; descansa sobre un interés. Debe ser ejecutado* (112). En el mismo sentido, BATTISTA (113), BUGNET (114) y DURANTON (115).

A todo lo anterior debe aún añadirse una razón más, de *lege data*, en favor de la aproximación del mandato de crédito al mandato: el mandato es el contrato de prestación de servicios regulado positivamente en que mejor se encuadra el mandato de crédito. Si quiera sea por esta vía de exclusión, debe concluirse que a falta de una regulación general del arrendamiento de servicios, totalmente inexistente hoy en día, es la regulación del mandato la que debe aplicarse al mandato de crédito.

Con ello quiero también decir que lo anterior no debe entenderse como una crítica a aquellos ordenamientos jurídicos que no conciben el mandato de crédito como mandato, y ello por dos razones fundamentales: primera, porque, en general, esos ordenamientos jurídicos se centran en la obligación de garantía del mandante frente al mandatario, y no en la relación global que los une; en segundo lugar, porque dado el contenido complejo del mandato de crédito, la opción elegida por esos ordenamientos es perfectamente válida. De lo que tenemos que ser conscientes los juristas españoles es de que en nuestro ordenamiento no hay ninguna norma que expresamente regule, como en otros países, el mandato de crédito, por lo que debemos evitar acudir al Derecho comparado como fuente de soluciones, por muy atractiva que se nos aparezca su simplicidad (116).

Ahora bien, todo lo anterior se ha discutido tratando de encuadrar el mandato de crédito en una de las figuras típicas de nuestro Código. Hemos llegado a una primera conclusión, de que cabe conceptuarlo, vía exclusión, como mandato. Debo ahora plantear la cuestión de modo positivo:

(112) *Le Droit* ..., cit., pp. 45-46.

(113) *Del contratto* ..., cit., p. 453.

(114) *Oeuvres* ..., cit., pp. 173 ss.

(115) *Cours* ..., cit., p. 66.

(116) Discrepo por lo tanto de aquellos autores para los que debe trasladarse a nuestro ordenamiento los esquemas de otros sistemas jurídicos (así, para el Derecho alemán e italiano, LEÓN ALONSO, *El mandato* ..., cit., p. 1101).

¿satisface la regulación del mandato en el C.c. todas las cuestiones que suscita el mandato de crédito? ¿Puede decirse que el esquema “encargo más cobertura” encaja en la regulación del mandato, o debo considerar que este esquema no tiene tal encaje, por lo que no cabe más que calificar el mandato de crédito como un contrato atípico?

Por lo que respecta al encargo, poco problema puede haber en encuadrarlo en el esquema del mandato. La cobertura, en cambio, puede tener una solución más difícil, ya que a pesar de incluirse en la regulación del mandato (art. 1.729 C.c.), su papel es accesorio, en cuanto que no determina la onerosidad del mandato, mientras que su papel en el mandato de crédito es, qué duda cabe, principal (117). La cuestión por tanto se centra en dilucidar si la elevación de la cobertura a la categoría de prestación principal convierte un mandato ordinario en algo diferente.

En mi opinión, no cabe pensar que el hecho de elevar por pacto la obligación de cobertura al rango de principal cambie la naturaleza de mandato del contrato de mandato de crédito. El art. 1.274 C.c. conceptúa como causa de los contratos onerosos, para cada parte, *la prestación o promesa de una cosa o servicio por la parte*. Si las partes pueden pactar las prestaciones principales *ex novo* (en el caso del mandante, una remuneración), mucho más podrán hacerlo mediante la conversión en principal de una prestación que por ley es accesorio. La cobertura, en este sentido, será la remuneración a que se refiere el art. 1.711 C.c. (sin perjuicio, por supuesto, de añadir a la cobertura, como parte de la remuneración, otra en dinero o, si se quiere, la eventual cesión de los derechos que por razón del crédito concedido existan contra el beneficiario). Se habrá convertido el mandato de crédito en un mandato oneroso, pero mandato al fin y al cabo, al que le es aplicable toda su normativa. Cuestión distinta será que el contenido de la obligación de

(117) *Contra*, ARCOS VIEIRA, *op. cit.*, pp. 173-174.

cobertura que se pacte no coincida con el contenido del art. 1.729 C.c.; si es éste el caso, habrá que aplicar al contrato todas las normas del mandato, con excepción del citado artículo, que será sustituido, en la mayoría de los casos, por los arts. 1.822 s.s. del propio Código civil. Esto no impedirá, a mi modo de ver, que podamos seguir hablando de mandato, en cuanto que lo más característico del mismo (encargo y cobertura), permanece en esencia (*cfr.* STS de 22 de diciembre de 1941).

Al fin y al cabo, nos encontramos en una situación esencialmente igual a la prevista en el art. 272 C.com. (la llamada *comisión de garantía*), salvo que aquí el que garantiza es el propio comisionista, pero sin que ello suponga que estamos ante algo distinto de la comisión, sino ante una simple ampliación del sistema normal de responsabilidad del comisionista (118).

V. Criterios de identificación del mandato de crédito

5.1. Breves consideraciones teóricas.

He definido la estructura del mandato de crédito como “encargo más cobertura”: encargo de una persona a otra de dar crédito a un tercero, y cobertura que da aquélla a la segunda para quedar indemne por esa dación.

Como recogen muchos de los autores que han tratado las cartas de patrocinio, la falta de uniformidad es en estos documentos la regla general. Ello puede dar lugar a que nos encontremos en el tráfico con supuestos que, aun siendo similares a un mandato de crédito, no puedan conside-

(118) URÍA, *Derecho ...*, *cit.*, p. 671. Ver, para el Derecho italiano, GRAZIANI (*Studi ...*, *cit.*, p. 133), aunque sea para deducir justo lo contrario de lo que yo digo, a saber, que la cobertura por el mandante (nuestro art. 1.729 C.c.) no es un elemento esencial del mandato, por lo que no debe servir para justificar la atracción del mandato de crédito a la disciplina del mandato. A lo que yo argumento: cierto que no es elemento esencial, pero sí natural, por lo que, si existe, es un indicio perfectamente válido de que estamos ante un mandato.

rárseles como tal, bien porque no existe un encargo en sentido estricto, bien porque, aun dándose una cobertura, ésta no consiste en dejar indemne al “mandatario”, sino en otro tipo de prestación.

En este momento voy a analizar dos supuestos que, creo, son los que más frecuentemente se dan en la práctica junto al mandato de crédito. Su análisis teórico será breve, ya que lo que más interesa en este trabajo es poder distinguir estos supuestos del mandato de crédito auténtico, a lo que se dedican los apartados siguientes.

Los dos supuestos a que me refiero son los siguientes: en primer lugar, caso en que hay cobertura, pero no encargo propiamente dicho; en segundo lugar, caso en que, junto al encargo, la cobertura toma la forma típica de fianza (el que encarga se obliga a cumplir por el beneficiario, en caso de no hacerlo éste).

El primer caso, quizás más frecuente que el segundo en la práctica, constituye el supuesto de hecho estudiado por muchos autores dentro del tratamiento de las cartas de patrocinio llamadas “fuertes”.

La solución que hay que dar a este tipo de situaciones pasa por reconocer que no hay encargo, lo que obliga a concluir que el destinatario de la carta da el crédito por su libre y absoluta voluntad, no porque se lo haya pedido el emisor de la carta, sin perjuicio de que la cobertura le haya inducido a dar el crédito. El tipo de cobertura, y su mayor o menor extensión, vendrá dado por los términos concretos de la carta y por las restantes circunstancias que rodeen a su emisión y recepción. Lo que interesará, a los efectos de este trabajo, es contar con criterios suficientes para poder distinguir este supuesto del verdadero mandato de crédito, lo cual se reduce a poder distinguir cuándo estamos ante un encargo y cuándo no.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, la situación puede parecer más compleja a primera vista, pero creo que debe admitirse la tesis tradicionalmente aplicada al mandato

de crédito por algunos autores, en el sentido de que estamos ante un contrato atípico, yuxtaposición, más que mezcla, de mandato y fianza; me separo de la interpretación tradicional en que no concibo esta yuxtaposición en el plano temporal (119). En mi opinión, en este supuesto coexisten desde un principio mandato y fianza, con la especialidad de que una vez dado el crédito, el mandato ya se ha cumplido, por lo que sólo queda la fianza. No tiene sentido, pues, hablar de revocación o renuncia, ya que no hay nada que revocar o renunciar.

Nótese que lo anterior se afirma sobre la base de una comprensión especial de este supuesto, que a continuación explico: en mi opinión, el hecho de que se dé un encargo y que expresamente (en el sentido del art. 1.827 C.c.) se pacte una fianza debe entenderse, *en este caso concreto y por la especialidad de la actividad objeto del encargo*, como una exclusión del régimen de cobertura recogido en el art. 1.729 C.c. Es, dicho con otras palabras, una limitación pactada al régimen de responsabilidad del mandante previsto legalmente. Sólo puede así entenderse un pacto expreso que sustituye al elemento natural del mandato ordinario recogido en el art. 1.729 C.c.

5.2. Consideraciones prácticas. Principios de interpretación. Criterios objetivos de interpretación.

Como he dicho, a los efectos de este trabajo, más importante que definir hasta el detalle los supuestos similares al mandato de crédito, es poder determinar cómo distinguir un caso de mandato de crédito de otro que no lo es. Esto es especialmente relevante en un ámbito como el de las cartas de patrocinio, donde una de las características que más resaltan es el empeño del emisor de hacer de la carta algo ambiguo, que escape a moldes convencionales.

(119) Así, en Derecho alemán (KOCH, *El crédito ...*, cit., p. 233).

En la práctica la cuestión se centrará en saber cuándo hay encargo del emisor al acreditante, lo que reconduce la cuestión a saber cuándo hay un interés del emisor en que se conceda el crédito al beneficiario, hasta el punto de que la iniciativa de la dación parta del emisor o, aunque no parta de él, sea el emisor quien “lleva la voz cantante” frente al acreditante, quien acuerda con el acreditante el sí, cómo y cuánto del crédito.

Con esta finalidad es obligado, y útil, seguir los dictados que contienen los arts. 1.281 ss. C.c. Debo advertir desde ahora que el criterio fundamental al que habrá que atender es el relativo a los actos de los interesados, anteriores, coetáneos y posteriores al encargo (art. 1.282 C.c.), ya que, casi por definición, los términos de la carta o documento que analicemos no serán claros y dejarán lugar a dudas, o al menos así lo intentará el autor del documento en cuestión.

Antes de entrar en el análisis de este criterio aplicado a nuestro supuesto, es necesario prestar atención a dos principios rectores, entendidos como guías a las que debe atenderse, o ideas que hay que respetar, en todo el proceso interpretativo:

101

a) *Principio de eficacia*, recogido en el art. 1.284 C.c., según el cual *si alguna cláusula admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*, lo cual significa que entre una significación que conduce a privar al contrato de efectos, y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última. Este principio debe ser especialmente atendido en los casos de las cartas de patrocinio, no para darles el máximo valor vinculante, sino simplemente para reconocerles un efecto jurídico válido, cualquiera que éste pueda ser. Este hecho, que se fundamenta en la razonabilidad y seriedad que debe presumirse de las partes en el contrato (120), debe aplicarse especial-

(120) Vid. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos* ..., vol. I, cit., p. 371.

mente en las transacciones comerciales, donde esa razonabilidad y esa seriedad existen, o deben existir y apreciarse, con mayor fundamento y rigor por razón de las personas que intervienen (121).

Sirva como ejemplo, tomado de CLARK (122), la decisión del Tribunal Supremo de Nueva Gales del Sur en el asunto Banque Brussels Lambert S.A. v. Australian National Industries Limited, respecto de una *letter of comfort* del siguiente tenor (la traducción es mía):

Les confirmamos que estamos al tanto de la facilidad crediticia en eurodivisa de US\$ 5 millones que su banco ha otorgado a Spedley Securities Limited, que es una subsidiaria al 100% de Spedley Holdings Limited.

Reconocemos que los términos y condiciones de los acuerdos han sido aceptados con nuestro conocimiento y consentimiento y nuestra declaración de que no sería nuestra intención reducir nuestra participación en Spedley Holdings Limited de su nivel actual de 45% durante la vigencia de esta facilidad crediticia. No obstante, les daremos comunicación en un plazo de 90 días respecto de cualquier decisión nuestra de disponer de esta participación, y, adicionalmente, reconocemos que si tal notificación fuera enviada a Vds., Vds. se reservan el derecho a reclamar el reembolso de todos los préstamos pendientes dentro de un plazo de 30 días.

Aprovechamos esta oportunidad para confirmar que es nuestra práctica asegurar que nuestra filial Spedley Securities Limited estará en todo momento en una posición de cumplir sus obligaciones financieras a su vencimiento. Estas obligaciones financieras incluyen el reembolso de todos los préstamos hechos por Vds. bajo los acuerdos mencionados en esta carta.

Después de que Australian National Industries Limited dispusiera de su participación en Spedley Holdings sin informar al banco, Spedley entró en liquidación. Australian National Industries Limited se negó a indemnizar de ningún modo al banco, sobre la base de que la *letter of comfort* no constituía ninguna relación contractual.

(121) Como recoge POUND (*Jurisprudence, cit.*, p. 212), tiene relevancia que ninguna promesa deliberada escrita de un empresario o entidad comercial, hecha como operación comercial, para responder de un crédito extendido sobre la base del escrito, haya dejado de ser ejecutada en los tribunales.

(122) *International ...*, *cit.*

El Juez Rogers CJ estableció, en cambio, tal obligación de indemnizar, afirmando que *si las declaraciones son de un carácter adecuadamente promisorio, los jueces deben hacerlas efectivas cuando han sido pronunciadas en una relación comercial y no hay una indicación clara de que no tuvieran una indicación clara de que no fueran legalmente exigibles.*

En mi opinión, aun viniendo de un ordenamiento anglosajón, tan distinto de los continentales, la apreciación que precede debe ser trasladable en su totalidad a nuestra práctica, porque, al fin y al cabo, se basa en criterios de pura justicia, equidad e, incluso, sentido común: nadie, y mucho menos una empresa que día tras día realiza operaciones y declaraciones de múltiple contenido y significado, hace una declaración sin un fin concreto y preciso. Por ello, salvo que la voluntad de ausencia de eficacia jurídica quede clara en la declaración, debe estimarse que tal eficacia existe. Cuestión distinta, no cubierta por este principio ni por el art. 1.284 C.c., es cuál debe ser la extensión de esa eficacia.

103

En este último sentido son útiles los criterios que apunta CARRASCO PERERA (123), entre los que destaco (i) que no puede pretender el destinatario de la carta por vía de interpretación más de lo que pudo conseguir por vía de negociación, (ii) que no se puede elegir una interpretación por la que el emitente resulte obligado de modo más intenso a como lo estaría si, merced a su poder negociador, no hubiere evitado la concesión de una fianza en favor de una carta de patrocinio (aunque no comparto la idea de que debe postularse en consecuencia una interpretación más benigna, ni lo que el autor deduce de ello en p. 639), y (iii) que no debe buscarse una verdad oculta, una voluntad disimulada (salvo, en mi opinión, que ésta exista, según explico en el apartado (b) siguiente).

No comparto, en cambio, la rotundidad con que se expresa CARRASCO acerca de la diferencia entre garantía de hecho (?) y garantía de derecho, ni acerca de la existencia de una relación inversa entre la consistencia de la garantía y el nivel de control de la sociedad deudora.

(123) *Op. cit.*, pp. 638 ss.

b) *Principio de buena fe*, recogido, a lo que ahora nos interesa, en el art. 1.288 C.c.: la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Este principio no debe entenderse, en nuestro caso, aplicable porque una de las partes se sobreponga e imponga sus condiciones a la otra. Creo que en la práctica esta situación no será la más común.

Si creo aplicable este principio es porque en la práctica sí puede darse que, después de largas y complicadas negociaciones, se haya llegado a un entendimiento común, de acuerdo con el cual el destinatario de la carta debe dar crédito al beneficiario; ese entendimiento común, si se plasma en una carta, debe prevalecer sobre la redacción de ésta que, como enseña la práctica, suele ser de significado ambiguo.

104 Esta idea sigue la línea del art. 1.281, párrafo 2.º C.c., pero sirve para enfatizarla en los casos concretos de las cartas de patrocinio: ya no hablo de palabras *contrarias* a la intención *evidente* de los contratantes, como dice el art. 1.281 C.c., sino de palabras que admiten varios significados, y que deben concretar una intención no evidente de los contratantes, sino que tendrá que probarse, en la mayor o menor medida que sea posible, por otros medios de prueba admitidos en Derecho.

Se trata, en suma, de ir más allá del art. 1.281, y de, sobre la base de los arts. 1.283, 1.285 y 1.286 C.c., dar una interpretación de la carta adecuada a la operación en la que se halla incluida.

Por ello, no comparto la afirmación de CARRASCO PERERA (124) de que el mandato del art. 1.285 C.c. ha de cumplirse sólo de modo relativo en las declaraciones contenidas en una carta de patrocinio, dando como razón el que entre esas declaraciones no existe unidad negocial ni propósito jurídico conjunto. Dos razones son las que yo opongo: la primera, que es perfectamente posible

(124) *Op. cit.*, p. 644.

que todas las declaraciones contenidas en una carta de patrocinio vayan en la misma dirección (p. ej., todos tienen como finalidad última dar una garantía); la segunda, que aunque no sea así (p. ej., que se incluyan en la misma carta declaraciones de mera información, de mera conformidad y de garantía) sí puede afirmarse que toda carta de patrocinio tiene, por usar las mismas palabras de CARRASCO, un mismo efecto de seguridad, y que el propio autor reconoce pocas páginas antes: dar tranquilidad. Este propósito común es lo que permite la plena aplicación del art. 1.285 C.c., sin que pueda admitirse relatividad sobre ella.

Así, podrán tenerse en cuenta los siguientes criterios que, si bien por sí solos no serán, por lo general, determinantes, sí podrán contribuir a que nos hagamos una idea de lo que tenemos delante:

— *Existencia de remuneración al acreditante*: la existencia de una remuneración del emisor de la carta al acreditante inclina la balanza hacia la consideración de que estamos ante un mandato de crédito, y ello porque en una relación de mera garantía resulta inusual que el garante, además de garantizar, deba remunerar al garantizado.

Nótese que la proposición inversa no se aplica: la ausencia de remuneración del emisor de la carta al acreditante (lo cual, dicho sea de paso, será lo más habitual) no puede por sí sola reflejar si estamos más cerca de un mandato de crédito o de una garantía, ya que en ambos casos tal ausencia es perfectamente posible y habitual.

— *Términos de la parte de la carta que se refiera a la cobertura*: es obvio que deberá atenderse a cómo está redactada esta parte de la carta, pero me centro ahora en el caso de que esta parte de la carta, como es de esperar, esté redactada en términos poco claros, o de que, sencillamente, no exista.

Si el emisor de la carta se obliga (más o menos claramente, más o menos ampliamente) a “pagar”, “cumplir” o “garantizar” el crédito que eventualmente se dé al beneficiario, estaremos más alejados del mandato de crédito y más cerca de un mandato más fianza, de una fianza o de una

garantía atípica. En cambio, si el emisor de la carta se obliga (más o menos claramente) a que el acreditante no sufra daño por la concesión del crédito al beneficiario, o a mantenerle indemne por esta dación, estaremos más cerca de la obligación recogida en el art. 1.729 C.c. y, por lo tanto, más cerca del mandato de crédito (125).

La razón de este criterio se basa en su naturaleza objetiva: debemos entender que se quiere un determinado contrato si se incluyen contenidos típicos del mismo (en este caso, el del art. 1.729 C.c.), mientras que si se incluyen elementos de distintos contratos (p. ej., arts. 1.709 más 1.822, párrafo primero, C.c.) hay que inclinarse, irremediabilmente, hacia una figura atípica mixta (126).

106

Cuestión distinta será que en la carta, de modo exclusivo y excluyente, se contenga claramente una obligación de mantener indemne: en este caso sólo esta obligación existirá, y no podrá hablarse de mandato. Esta posibilidad, no obstante, no deberá aparecer muy frecuentemente en la práctica de las cartas de patrocinio.

Distinto también será el caso en que el emisor de la carta asuma determinadas obligaciones (p. ej., la de informar en caso de enajenación de su participación en el beneficiario) que, en caso de incumplimiento, dará lugar a la consiguiente responsabilidad por daños y perjuicios *ex art. 1.101 C.c.*,

(125) Creo que esta última idea es la que subyace, *a sensu contrario*, en SCAEVOLA (*op. cit.*, v. I, p. 489) cuando afirma que *cuando ... es establecido contractualmente cómo deben repercutir sobre el llamado mandante los efectos del negocio jurídico del mandatario, si estos efectos no son los típicos del mandato, poco importará decir que el negocio es igualmente ajeno; todo lo más se demostrará que pueden existir casos de negocio ajeno en los que no se dan las consecuencias típicas del mandato; se ampliará el concepto de negocio ajeno, no el de mandato* [la negrita es mía].

En el mismo sentido, más claramente, CAMPOGRANDE, *Trattato ...*, cit., pp. 131 ss., y 141.

(126) Distinto será el caso de aquellos ordenamientos en los que junto al encargo incorporan expresamente una garantía de naturaleza fideiusoria, como ocurre en Italia, donde esa garantía se califica como *efecto típico e ineliminable* (FLAVONI, *op. cit.*, pp. 55-56), *naturale negotii* o *efecto natural* (BARBERO, *Sistema ...*, cit., p. 531), o consecuencia ineliminable (BURDESE, *Manuale ...*, cit., p. 348).

daños y perjuicios que no tienen por qué coincidir con los que sufra el destinatario de la carta por el impago del crédito por el beneficiario de aquélla.

¿*Quid* si no aparece ningún tipo de garantía en la carta? Evidentemente, no podremos hablar de fianza, ni como contrato típico ni como parte de un contrato atípico (*cfr.* art. 1.827 C.c., párrafo primero). La cuestión se centrará en saber si estamos ante un mandato de crédito o ante una carta de patrocinio de las llamadas “débiles”, según que exista o no encargo de dar crédito. Llegados a este punto, pues, habrá que remitirse a otros criterios de interpretación.

— *Existencia y ámbito de las condiciones del crédito al beneficiario*: la inclusión en la carta de las condiciones en que debe darse el crédito al beneficiario pueden ser una guía importante, no tanto por su propio contenido como por el carácter con que se incluyan, que fundamentalmente puede ser uno de estos dos: como condición al otorgamiento de una garantía (sólo se garantiza el crédito concedido en esas condiciones, y mientras esas condiciones permanezcan), o como verdaderas instrucciones sobre cómo conceder el crédito, en cuyo caso nos acercaríamos más a la figura del mandato de crédito (127).

107

Todo dependerá de los términos concretos en que la carta esté redactada. Como último criterio, a falta de otro que pueda ser de más ayuda, la inclusión de condiciones del crédito debe entenderse como carácter propio de un mandato, ya que supone al fin y al cabo una “intromisión” del emisor de la carta en las relaciones acreditante-beneficiario, lo cual no es propio de la persona que limita su papel al de mero garante.

En la misma línea, la inclusión en la carta de condiciones del tipo de someter al previo consentimiento del emi-

(127) Para ARBADESSA, aunque el mandato de crédito no es un verdadero mandato, sí le son aplicables, por analogía, algunas de las normas sobre este contrato, y, entre ellas, el art. 1711.2 *Codice civile*, que recoge la obligación del mandatario de seguir las instrucciones del mandante (*op. cit.*, p. 535).

sor de la carta la validez de futuras vicisitudes del crédito (novación, remisión, pago anticipado) nos acercará al concepto de mandato de crédito, ya que es cosa diferente ese consentimiento previo del emisor de la carta (que parece propio del mandato —*cfr.* arts. 1.713, 1.714, 1.719, 1.720, 1.725 y 1.727 C.c., principalmente), del hecho de que porque se produzca cualquiera de esas vicisitudes decaiga la eventual garantía, *arg. ex* arts. 1.835 y 1.851 C.c.

— *Diligencia del acreditante respecto al beneficiario*: se trata de un criterio en conexión con el anterior. Puede formularse de un modo negativo: cuanto menor sea la diligencia que se exige al acreditante respecto a la solvencia del beneficiario, más cerca nos encontraremos de un mandato de crédito. Este será un juicio que sólo podrá hacerse *a posteriori*, pero sobre la base de los términos de la carta y de la situación anterior y coetánea a ella. Así, por ejemplo, una declaración en la carta de *stand behind*, junto con una situación evidente de insolvencia del beneficiario, puede conducir a una interpretación favorable a la existencia de un mandato de crédito.

Obviamente, en caso de conflicto el emisor de la carta se defenderá alegando la negligencia del acreditante por no haber descubierto la insolvencia evidente del beneficiario del crédito. Como he dicho al principio, de lo que se trata es de determinar la voluntad de las partes con un soporte documental ambiguo por principio; por ello, se podría hablar de negligencia del acreditante más por el hecho de no haber exigido una declaración expresa en la carta acerca de los motivos por los que el crédito se concede, que por haber concedido crédito a una persona insolvente.

— *Exclusión de los beneficios de excusión y división*: si se da esta exclusión, parece lógico colegir que en las mentes de las partes existe una estructura de fianza o, en todo caso, de garantía, que excluiría un mandato de crédito.

¿Puede afirmarse también la contraria? Es decir, ¿puede decirse que si no hay referencia a ningún beneficio de orden o división, estamos más cerca de un mandato de cré-

dito? No lo creo: esta ausencia, por sí sola, no puede indicar nada.

Teniendo en cuenta lo anterior, puedo pasar ahora a analizar criterios que, basados en la conducta de las partes (anterior, coetánea y posterior a la emisión de la carta), puede indicarnos cuándo hay encargo y cuándo no, y decidir así si estamos ante un mandato de crédito o ante una figura diferente.

5.3. Consideraciones prácticas (continuación). Criterios subjetivos de interpretación.

En las líneas que siguen voy a tratar de analizar algunos criterios adicionales que pueden ayudar a determinar si estamos ante un mandato de crédito. A diferencia de los criterios objetivos vistos, cuya utilidad viene limitada por la propia situación que les da origen, creo que los criterios subjetivos, dentro de la amplitud de cualquier criterio de interpretación, pueden resultar más definitivos. La cuestión, como siempre, se reducirá a la capacidad que tengan las partes de probar las afirmaciones que resulten en beneficio de sus intereses.

109

a) Criterios de interpretación basados en conductas de las partes anteriores a la carta.

— *Inicio, llevanza y decisión en los tratos preliminares:* la identificación de la persona de quien parte la iniciativa de dar crédito al beneficiario puede ser muy relevante (pero no decisiva) para determinar el tipo de relación jurídica con que nos enfrentamos. Nótese, no obstante, que este criterio debe complementarse con el referido a quién sea el protagonista de las discusiones objeto de tratos preliminares.

Teniendo en cuenta esta precaución, puede afirmarse que si los tratos preliminares se inician por el emisor de la carta, estaremos más cerca de un mandato de crédito; si quien inicia estos tratos es el acreditante, quizás sea más lógico

concluir, al final, que estamos más cerca de una garantía, pero en este caso será determinante cómo hayan transcurrido los tratos preliminares.

Por último, si es el propio beneficiario quien inicia los tratos preliminares con el acreditante, será probable que nos encontremos ante un supuesto de garantía, aunque habrá que examinar necesariamente el grado de autonomía que puede tener el beneficiario respecto del emisor de la carta para poder concluir qué figura tenemos delante; según que haya mayor o menor autonomía, estaremos más cerca de la garantía o del mandato de crédito respectivamente.

Los criterios para determinar el nivel de autonomía del beneficiario deberán basarse en la práctica, fundamentalmente, en cuál sea la relación societaria con el emisor de la carta. Se trata, en definitiva, de levantar el velo de la persona jurídica del beneficiario. Así, el hecho de que el emisor de la carta sea accionista al 100% del beneficiario debe servir como indicio no determinante, pero sí relevante, de una escasa libertad de actuación de éste, lo que decantará la interpretación de forma favorable hacia el mandato de crédito.

Más determinante puede ser la composición de los órganos de administración en el emisor de la carta y el beneficiario: si esta composición coincide sustancialmente, aunque no lo haga totalmente, la presunción de existencia de mandato de crédito se refuerza en un alto grado. Esa “coincidencia sustancial” habrá que apreciarla caso por caso, teniendo en cuenta que consiste en que, *de hecho*, haya una identidad de personas que controlen la capacidad de decisión en lo que a la obtención del crédito se refiere. Habrá coincidencia sustancial si las personas que reúnen la mayoría de votos en el órgano de administración del emisor de la carta reúnen igualmente la mayoría en el del beneficiario (128); podrá también alegarse que existe esa coinciden-

(128) No parece necesario que las mayorías tengan que ser iguales; bastará que sean suficientes en cada caso para sacar adelante el acuerdo social de que se trate.

cia si para adoptar la decisión de que se trate se necesita del voto de una persona que forme parte de ambos órganos de administración, o si esa persona, que sólo forma parte del órgano de administración del beneficiario, debe responder orgánicamente frente al órgano de administración del emisor de la carta.

Un criterio similar podrá aplicarse al nivel de los equipos directivos, si es a ese nivel al que debe adoptarse la decisión relativa a la dación del crédito: la identidad de personas en cargos similares en las organizaciones del beneficiario y del emisor de la carta, o la dependencia orgánica de los directivos de aquél frente a éste, serán indicios de que el poder de decisión reside en el emisor de la carta, por lo que la declaración de que se trate debe atribuirse a él con plenos efectos.

Todo lo anterior es aplicable igualmente a las discusiones que se desarrollan a lo largo de los tratos preliminares, y a la decisión final que como resultado de ellos puede llegar a tomarse: si la dación del crédito se da por una relación y discusión más o menos directa entre emisor de la carta y acreditante, nos encontraremos ante un mandato de crédito.

111

Como ya mencionara al principio de este trabajo (sección II), en este punto deberá diferenciarse lo que es verdadero encargo de lo que supone, para el acreditante, dar crédito condicionado a que el emisor de la carta dé su cobertura. En ambos casos la dación del crédito depende de la voluntad del emisor de la carta; su diferente tratamiento vendrá determinado por la manera en que esa voluntad module la del acreditante: si el acreditante ha decidido dar el crédito por su propia iniciativa, a través de una negociación con el beneficiario, pero queriendo tener la cobertura del emisor de la carta, la relación emisor-acreditante será de pura garantía, y ello tanto si la garantía funciona como una condición *stricto sensu* de la de los arts. 1.113 ss. C.c., como si se trata de una *condictio iuris*, presupuesto no sólo de la eficacia, sino de la propia existencia del crédito.

— *Existencia de una relación subyacente entre emisor de la carta y beneficiario, entre beneficiario y acreditante o entre*

emisor de la carta y acreditante: puede no ser lo más frecuente, pero cabe pensar que exista una relación subyacente no societaria entre el emisor de la carta y el beneficiario que constituya el origen de la carta remitida al acreditante. Vaya por delante el reconocimiento de que esa relación subyacente no podrá alterar ni afectar la naturaleza ni las consecuencias que se deriven de la relación emisor-acreditante, pero, qué duda cabe, desde el momento en que esa relación subyacente sirve para identificar cuando menos los motivos personales que mueven al emisor a remitir la carta, deberá ser tomada en cuenta para interpretar su intención y, en la medida en que puede afectar al acreditante, interpretar la propia voluntad de éste.

112

Así, la relación subyacente emisor-beneficiario puede ser un arrendamiento de servicios en el que el emisor se obliga frente al beneficiario a encontrar un tercero (el futuro acreditante) que le dé crédito (129). El interés que tiene el emisor de la carta en que el acreditante dé crédito al beneficiario, evitando así el emisor su incumplimiento frente al beneficiario bajo la relación subyacente, justifica la existencia de un mandato entre emisor y acreditante (130).

Esto viene a destacar que para que haya un mandato de crédito no hace falta que el emisor de la carta deba, por alguna razón, dar crédito y quiera hacerlo a través de un tercero (acreditante); basta que esté interesado en que se conceda el crédito al beneficiario, cualquiera que sea el fundamento de ese interés, siempre que el mismo sea merecedor de una atención especial del ordena-

(129) V. VON THUR, *Derecho civil* ..., cit., p. 204.

(130) V. SIMONETTO, *op. cit.*, pp. 150, 154 y 161, quien parece de la opinión de que el único mandato que existiría sería entre el tercero y el emisor de la carta (que sería en esa relación mandatario). Debo estimar, no obstante, que ése será el caso sólo si el emisor de la carta actúa como mero intermediario (casi agente) entre tercero y acreditante. Siempre que el emisor de la carta actúe frente al acreditante en nombre propio, será válido el esquema que propongo.

En otras palabras: la iniciativa que es esencial para determinar si estamos ante un mandato de crédito es la que precisamente da lugar a ese mandato, iniciativa que no tiene porqué coincidir con otra temporalmente anterior, que es la que da lugar a la total relación trilateral entre emisor, acreditante y beneficiario.

miento jurídico. Viene de nuevo a colación la diferencia, al hablar del mandato, entre interés del mandante e interés en el negocio que se gestiona.

Lo anterior será especialmente cierto si el acreditante desconoce la relación subyacente entre el emisor de la carta y el beneficiario; de conocerla, lo más probable será que el emisor de la carta aparezca como mero intermediario o presentador del beneficiario, a riesgo exclusivo del acreditante.

Puede también ocurrir que el beneficiario solicite del emisor la emisión de la carta porque así se ha obligado frente al acreditante. En este caso, la solución de considerar la carta como continente de una obligación de garantía parece lo más probable, al privar al emisor de la carta de toda iniciativa en su emisión.

Por último, la relación subyacente que da origen a la carta puede ser la que exista entre emisor y acreditante, por virtud de la cual aquél deba emitir dicha carta en beneficio de éste. Por supuesto, en este caso habrá que atender a la naturaleza de esa relación subyacente para definir de modo completo todos los efectos de la carta, pero no puede descartarse en modo alguno que esa relación sea la propia de un mandato de crédito: el acreditante acepta obligarse a dar crédito al beneficiario por encargo del emisor de la carta, pero siempre que éste emita en su favor una carta de garantía. En este caso, pues, la carta será mera cobertura, pero formará parte de un pacto más amplio, que puede conformar un auténtico mandato de crédito.

— *Nivel de diligencia del acreditante respecto de la solvencia del beneficiario del crédito:* ante un supuesto de insolvencia del beneficiario, el acreditante podrá alegar que dio el crédito inducido por la carta en cuanto que funcionaba como cobertura, o que actuó por encargo del emisor de la carta. En este último caso, la prueba de que el acreditante, con conocimiento y aceptación (cuando menos aquiescencia) del emisor de la carta, dejó de tomar determinadas precauciones básicas (p. ej., examen de la situación económica del

beneficiario) sobre la base de la carta, puede ser determinante para que sus argumentos prosperen. De lo contrario, no será difícil para el emisor sacar partido de la terminología ambigua de su carta y alegar negligencia en la parte del acreditante que, con gran probabilidad, le eximirá de responsabilidades.

Como ya dijera al comentar los criterios objetivos, la mayor o menor aparición de instrucciones concretas en la carta sobre cómo dar el crédito podrá ayudar al acreditante en este caso.

Surge en este punto la cuestión de si puede el emisor de la carta liberarse de su obligación (fideiusoria) prevista en ciertos ordenamientos, tal como el italiano (art. 1959 *Codice civile*) (131).

Por otro lado, entre nosotros algún autor estima que la accesoriedad de la fianza adquiere toda su dimensión al reconocer que esa obligación fideiusoria sólo permanece en la medida en que se mantenga la concesión misma del crédito, para los fines propios y según los intereses para los que el que encargó dar crédito afianzó (132). En mi opinión, ese hecho, de por sí innegable, es prueba, en su caso, más que de la accesoriedad de la fianza, de la inexistencia de esa misma fianza o, cuando menos, de su accesoriedad, ya que la afirmación realizada por LEÓN se corresponde exactamente con la relación que existe entre prestación y contraprestación dentro de una obligación sinalagmática —que existe, como el propio LEÓN ALONSO parece reconocer posteriormente (133). Tan es así que hasta en el Derecho italiano, donde por ley la garantía del emisor de la carta toma la forma de fianza, su accesoriedad se limita a lo mínimo (134).

— *Otros criterios*: en función del caso concreto, podremos encontrarnos con otros criterios que nos ayudarán a decantarnos por una solución u otra. Sirva como ejemplo el caso de una *letter of comfort* en el juicio *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corp.*: aunque en primera instancia se aceptó como continente de una garantía legalmente válida, sobre la base de lo que he llamado

(131) V. FLAVONI, *op. cit.*, pp. 60-61; BARBERO, *Sistema ...*, *cit.*, pp. 531-532; BURDESE, *Manuale ...*, *cit.*, p. 347. Para el Derecho suízo, v. GUHL, *Das Schweizerische ...*, *cit.*, pp. 332-333.

(132) LEÓN ALONSO, *El mandato ...*, *cit.*, pp. 1096-1097.

(133) P. 1099.

(134) SIMONETTO, *op. cit.*, pp. 160-161.

antes el principio de eficacia, el Tribunal de Apelación estimó ciertos hechos anteriores a la emisión de la carta que le indicaban que no había intención entre las partes de que la carta tuviera efecto legal alguno. Estos hechos eran, fundamentalmente, que las partes tenían una capacidad negociadora similar, y (sobre todo, creo yo) que el demandante, aparentemente, había aceptado la carta en vez de una garantía ordinaria, sobre la base de que así el préstamo tenía un tipo de interés más alto (135).

b) Criterios de interpretación basados en conductas de las partes coetáneas a la carta.

Aparte del propio contenido de la carta, pueden existir otros actos coetáneos a ella que ayuden a interpretar la intención de las partes:

— *Momento de emisión de la carta*: la carta se puede emitir antes o después que la dación del crédito.

Mientras que el hecho de que se dé antes o después no dice necesariamente nada en favor de una carta como garantía, ya que toda garantía puede darse en ambos momentos (sobre el momento anterior, *vid.* art. 1.825 C.c.), en el caso del mandato de crédito el elemento temporal puede ser más determinante. Así, parece más acorde con su naturaleza que exista antes de la dación del crédito, por lo que puede aventurarse, como criterio de interpretación, que si la carta es anterior al crédito, habrá más posibilidades (con todas las precauciones posibles) de estar ante un mandato de crédito, mientras que si es posterior, la posibilidad de estar ante una mera garantía serán mucho mayores.

Respecto de este criterio es conveniente mencionar expresamente lo que en todos los otros está implícito: es un criterio que por sí solo no puede fundamentar una elección clara entre una figura u otra; deberá siempre estar apoyado por otros elementos interpretativos.

— *Existencia de una contragarantía entre emisor de la carta y beneficiario*: si a la par que se emite la carta al acre-

(135) BRADGATE/SAVAGE, *Commercial Law*, cit., p. 24.

ditante, el emisor de la carta recibe del beneficiario del crédito una contragarantía, eso significará, por lo general, que el emisor de la carta no ha actuado *motu proprio*, sino a instancias del beneficiario, lo que deberá llevar al análisis de las relaciones subyacentes, ya apuntado antes.

Adicionalmente, no cabe duda de que la contragarantía es el “colchón” que tiene el emisor de la carta para asegurar su posible responsabilidad frente al acreditante, por lo que sin duda debe funcionar como un “espejo” donde mirar el ámbito de esa garantía y, sobre ella, poder determinar si su función acaba en sí misma o forma parte de una relación más amplia.

116

Debe tenerse en cuenta una última cuestión práctica en este apartado, que no será infrecuente, dada la probable naturaleza mercantil del mandato de crédito en muchas ocasiones: de acuerdo con el párrafo primero del art. 248 C.com., el comisionista está obligado a comunicar al comitente que rehusa el encargo, si ésta es su decisión. Por tanto, a falta de manifestación expresa, se presume que acepta el encargo realizado (aceptación tácita del art. 1.710 C.c.). Se trata de una norma, pues, que en casos dudosos nos hará decantarnos por la existencia de mandato (más propiamente, comisión) de crédito, siempre, por supuesto, que el encargo exista (136).

c) Criterios de interpretación basados en conductas de las partes posteriores a la carta.

La conducta que las partes desarrollan con posterioridad a la emisión de la carta puede ser muy ilustrativa de cómo la entendieron y, en este sentido, será un instrumento muy útil de interpretación. Por supuesto, cuando me refiero aquí a “partes” quiero incluir no sólo a emisor de la carta y acreditante, sino también al beneficiario. Imagínese, por ejem-

(136) *Contra*, CARRASCO PERERA, *op. cit.*, p. 658.

plo, que ante la reclamación por impago que el acreditante hace al beneficiario éste le remite directamente al emisor de la carta, como único interlocutor válido con quien discutir sobre la base de la carta; esta respuesta puede servir para descubrir una relación subyacente que, según se ha visto, puede llevarnos a la conclusión de que nos encontramos ante un mandato de crédito.

De modo similar, si para cualquier cuestión relativa al crédito el acreditante se dirige al emisor de la carta de modo directo, podrá concluirse que la dación del crédito se ha realizado por decisión de estas dos personas, lo que, de nuevo, nos acercará al mandato de crédito.

Podría seguir apuntando otras posibles situaciones en este sentido, pero no haría más que abundar en la idea esencial de que el comportamiento de las partes posterior a la carta será un indicio a tomar en especial consideración a la hora de valorar la relación que existe entre emisor de la carta y acreditante.

Así las cosas, sólo queda por enumerar dos criterios que, en mi opinión, no sirven para los efectos buscados. A ello se dedica el siguiente apartado.

5.4. Consideraciones prácticas (final). Criterios inútiles a los efectos de determinar la posible existencia de un mandato de crédito.

Creo que es conveniente siquiera enumerar algunos criterios de interpretación que considero no útiles para poder saber si tenemos frente a nosotros un mandato de crédito o algo diferente. Pueden evitarse así análisis sin un fin aprovechable, y posibles malos entendidos.

— Ya he dicho que la pura imposibilidad de que el emisor de la carta dé el crédito al beneficiario no debe llevarnos a la conclusión de que no estamos ante un mandato de crédito (caso, p. ej., en que el crédito al beneficiario consista en una extensión en el plazo de un pago debido al

acreditante, quien es por tanto el único que puede conceder tal crédito). Quizás podría pensarse lo contrario en un primer momento, ante la idea de la sustituibilidad como criterio propio del contrato de mandato (*vid.* 4.3. *supra*). No obstante, ya se ha dicho que este criterio, aislado, no puede considerarse suficiente para identificar un contrato como de mandato o como algo distinto. Adicionalmente, en el mandato de crédito lo determinante, lo esencial, es el *encargo*, que puede existir tanto si el crédito lo puede dar el emisor de la carta directamente como si no, puesto que lo relevante es el interés que tenga el emisor de la carta en la dación del crédito, más que su posibilidad real de darlo.

Por otro lado, como también he apuntado, el hecho de que el acreditante acepte junto con el encargo la cobertura del emisor de la carta supone que es éste el que tiene *crédito*, y que por ello puede darlo.

118 — La relación matriz-filial será la que normalmente exista entre emisor de la carta y beneficiario en un esquema de mandato de crédito, pero no debemos de ahí sacar la conclusión inexorable de que si no se da esa relación ya no estamos ante un contrato de este tipo, ni, a la inversa, que siempre que se dé tendremos un mandato de crédito enfrente. Esto último es especialmente manifiesto, ya que es aceptado comúnmente que esta relación matriz-filial es típica de las cartas de patrocinio “ordinarias”.

No es difícil tampoco pensar en mandatos de crédito en los que se dé la inexistencia de este tipo de relación, tal como aquél en el que el emisor de la carta encarga al acreditante la dación de crédito al beneficiario por virtud de una relación subyacente con éste, en la que se obligó a buscarle un acreditante. El acreditante será normalmente un banco de empresas, sin ninguna relación societaria con el beneficiario.

VI. Conclusión

Como conclusión de todo lo anterior resulta que en nuestro ordenamiento jurídico la relación contractual que se conoce comúnmente como mandato de crédito (encargo más cobertura) debe considerarse como mandato, sujeto a las reglas que para él contiene el Código civil y, por lo que a la comisión se refiere, el Código de comercio. Esta consideración del mandato de crédito se basa en una idea nuclear: la de que el mandato se ejecuta, económicamente hablando, en interés y por cuenta del que encarga dar crédito, como lo demuestra el pacto de cobertura en favor del acreditante.

Esta consideración no debe verse como una crítica a la concepción que acerca el mandato de crédito a la fianza en otros ordenamientos, y ello porque dada la naturaleza compleja que caracteriza al mandato de crédito, su inclusión parcial bajo el régimen de la fianza (que es lo que hacen la mayoría de los ordenamientos en Derecho comparado) está justificada. Ello no debe ser razón, sin embargo, para que la misma solución se adopte en España, donde no hay norma expresa que regule este supuesto.

Como última conclusión de carácter práctico, no debe descartarse la posibilidad de que las que se conocen genéricamente como cartas de patrocinio contengan auténticos mandatos de crédito. El que esto se determine así en la realidad será cuestión de interpretación, tarea no fácil en este caso, donde de propósito se busca una redacción ambigua.

De decidirse finalmente que nos hallamos ante una carta que contiene un verdadero mandato de crédito, nos encontraremos ante un régimen de responsabilidad para el emisor frente al destinatario de la carta más severo que si se tratara de una mera garantía en una carta de patrocinio "fuerte". Este régimen más severo se traducirá fundamentalmente en un mayor ámbito de responsabilidad del emisor de la carta, y en una reducción muy sensible de las excepciones oponibles frente a las pretensiones del destinatario.

Bibliografía

AA.VV., "Comentario al Código Civil", t. II, Madrid, 1993; AA.VV., "Derecho cambiario. Estudio sobre la Ley Cambiaria y del Cheque", Madrid, 1986; AA.VV., "Tratado de garantías en la contratación mercantil", t. 1, Madrid, 1996; AA.VV., "Trattato di Diritto Civile", Milano, 1961; ABBADESSA, voz "Obbligo di far credito", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX, Varese, 1979; ALBACAR/MARTÍN GRANIZO, *Código civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1991; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1989; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1979; DE ANGULO RODRÍGUEZ, "Panorama de encuadre de las garantías personales atípicas". *RJN*, 1993, n.º 7, pp. 9-32; ARAMENDÍA GURREA, "La llamada «carta de confort» y su problemática jurídica", *RDBB*, 1984, pp. 779-806; ARCOS VIEIRA, *El mandato de crédito*, Pamplona, 1996; BARBERO, *Sistema de Derecho privado*, vol. IV, Buenos Aires, 1967; BATTISTA, *Del contratto di societa e del mandato*, Napoli - Torino, 1925; BAVETTA, voz "Mandato (Diritto privato)", en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXV, Varese, 1975; BIGIAVI, *La delegazione*, Padova, 1940; BILE, *Il mandato. La commissione. La spedizione*, Roma, 1961; BONET RAMON, *Naturaleza jurídica del mandato*, Barcelona, 1941; BOZZI, "La fideiussione, le figure affini e l'anticresi", en *Trattato di Diritto Privato*, v. 13, Torino, 1986; BRADGATE/SAVAGE, *Commercial Law*, London / Dublin / Edimburgh, 1991; BUCERA, *Il Codice civile italiano. Delle obbligazioni*, v. II, Torino, 1943; BUGNET, *Oeuvres de Pothier*, t. V, Paris, 1861; BURDESE, *Manuale di Diritto Privato Italiano*, Torino, 1974; CAMPOGRANDE, *Trattato della fideiussione nel Diritto odierno*, Torino, 1902; CAPELLE/CANARIS, *Handelsrecht*, München, 1989; CARRASCO PERERA, *Fianza, accesoriedad y contrato de garantía*, Madrid, 1992; DE CASTRO MARTÍN, *Las cartas de patrocinio*, Madrid, 1995[?]; CLARK, *International Banking & Financial Law Bulletin*, Marzo 1990, pp. 565-566; COSSIO, *Instituciones de Derecho Civil*, 1, Madrid, 1977; CRESPO ALLUE, *La revocación del mandato*, Madrid, 1984; DIEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979; id., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vols. I y II, Madrid, 1993; DURANTON, *Cours de Droit civil*, t. X, Bruxelles, 1841; DUSI, *Istituzione di Diritto civile*, vol. 2, Torino, 1951; ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. II-2.º, vols. 1.º y 2.º, Barcelona, 1966; ESSER, *BGB Schulrecht*, Karlsruhe, 1949; FRAGALLI, *Commentario del Codice Civile*, arts. 1936-1959, Bologna-

Roma, 1968, pp. 529-581; FUGARDO ESTIVILL, "Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1993", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1994, pp. 231-272; GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid, 1958; GÓMEZ DE LA SERNA / MONTABÁN, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, t. 2.º, Madrid, 1865; GRAZIANI, *Studi di Diritto Civile e Commerciale*, Napoli, 1953; GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli, 1982; GUHL, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich, 1948; GUILLOUARD, *Traité de contrats aléatoires & du mandat*, Paris, 1893; GULLÓN, "En torno a nuevas formas de garantía", *AAMN*, t. XXXIII, pp. 323-339; IHERING, *De interés en los contratos*, Buenos Aires, 1947; ILLESCAS ORTIZ, "Cartas de acreditación y cartas de garantía", *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, Madrid, 1994, pp. 1283-1300; JORDANO BAREA, "Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria", *ADC*, 1983, pp. 1435-1454; KOCH, *El crédito en el Derecho*, Madrid, 1946; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, Barcelona, 1987; *id.*, *Elementos de Derecho civil*, II, vols. 1.º y 2.º, Barcelona, 1995; *id.*, "La causa en los contratos de garantía", *RCDI*, n.º 544, pp. 709-755; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, Berlin/München, 1957; LEÓN ALONSO, "El mandato de crédito", *RDP*, 1983, pp. 1075-1114; MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, "El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y jurisprudencia del Tribunal Supremo", *La Ley*, 1992, pp. 817-832; MESSINEO, *Derecho civil y comercial*, tt. II y IV, Buenos Aires, 1979; POLO, "Comentario a la STS de 22 de diciembre de 1941", *RDP*, 1942, pp. 414-420; MOLITOR, *Schuldrecht*, II, Besonderer Teil, München-Berlin, 1949; MOLLA, *Il mandato nella giurisprudenza*, Padova, 1977; NETO / MARTINS, *Código civil anotado*, Lisboa, 1990; PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1990; POUND, *Jurisprudence*, v. III, Saint Paul (Minnesota), 1959; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, v. II, Barcelona, 1982; RIVERO, *Contabilidad financiera*, Madrid, 1982; ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, "El mandato de crédito", *RCDI*, 1948, pp. 531-547; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho privado*, V. I, Madrid, 1948; SALINAS QUIJADA, *Derecho civil de Navarra*, t. IV, vol. 2.º, Pamplona, 1974; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, "Garantías bancarias: Las cartas de «patrocinio» y las garantías «a primera demanda»", *Contratos bancarios - Garantías bancarias*, Madrid, 1992, pp. 711-808; *id.*, "El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud", *RDBB*, 1993, pp. 541-561; *id.*, "Las cartas de patrocinio", *Derecho del mercado financiero*, II, Madrid, 1994, pp. 217-233;

SÁNCHEZ GUILARTE, "Valor jurídico de las cartas de garantía o cartas de patrocinio (Comentario a la Sentencia de 18 de octubre de 1984 de la Audiencia Territorial de Madrid)", *RDBB*, 1983, pp. 871-896; *id.*, "Valor jurídico de las cartas de garantía: Sentencia del Tribunal Supremo", *RDBB*, 1986, pp. 219-220; SANTOS BRIZ, *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992; SCAEVOIA, *Código civil*, t. XXVI, vols. I y II, Madrid, 1949; SIMONNETTO, voz "Mandato di credito", en *Novissimo Digesto Italiano*, t. X, Torino, 1964, pp. 149-168; VON THUR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. III, Buenos Aires, 1948; TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des article du Code*, t. XVI, Paris, 1896; URÍA, *Derecho mercantil*, Madrid, 1993; VALENZUELA, "La «seriedad» de las llamadas cartas de patrocinio", *RDM*, 1987, pp. 347-427; VAZ SERRA, *Boletim do Ministerio da Iustica*, n.º 71, diciembre 1957, pp. 287 ss.

EL PRINCIPIO DE EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: SU APLICACION EN LA PRACTICA FORENSE

123

FERNANDO RON MARTÍN

Abogado

SUMARIO: 1. EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LOS TRATADOS Y REGLAMENTOS. 2. EL EFECTO DIRECTO EN LAS DIRECTIVAS. 3. EL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL EN LAS DIRECTIVAS. A. Argumentos alegados en contra del efecto directo horizontal. B. Argumentos en favor del efecto directo horizontal. 4. VÍAS INDIRECTAS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL EFECTO DIRECTO HORIZONTAL. A. Ampliación del concepto de Estado. B. Ampliación del sujeto favorecido. C. Eficacia horizontal indirecta. D. Principio de orden público. E. Principio de interpretación conforme. 5. CONCLUSIÓN.

La aplicación del Derecho Comunitario en España y su engarce con el Ordenamiento jurídico Español viene realizándose de modo paulatino desde nuestra integración en las Comunidades Europeas, pero sin que falten dificultades de interpretación y de aplicación práctica de la nueva estructura normativa. Desde el punto de vista interno, es el artículo 93 de la Constitución el que ha servido –y para ello fue configurado– como puerta jurídica de entrada al ordenamiento comunitario, al permitir “la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”. La autorización constitucional que encierra esta norma permitió al Reino de España la firma del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas, el cual no constituye un Tratado internacional más, sino un cuerpo normativo, compuesto de leyes, jurisprudencia y principios generales (el *acquis communautaire*) con vocación de ser aplicado de modo directo, inmediato y preferente en el territorio de todos y cada uno de los Estados miembros de esa Comunidad internacional.

La yuxtaposición de ambos ordenamientos, cada uno de ellos integrado y autosuficiente, provoca tensiones normativas que se han de resolver mediante el desplazamiento de una u otra norma. Lo verdaderamente significativo de esta colisión jurídica radica en el hecho de que los criterios y principios que han de resolver estas colisiones son dictados y proceden de uno solo de estos ordenamientos: el comunitario; es decir, el primer espacio que de modo exclusivo ocupa el Derecho Comunitario es precisamente el de determinar la eficacia y ámbitos respectivos de cada orden jurídico, lo que concede a aquél una evidente ventaja aplicativa.

En este sentido, los criterios que rigen esta colisión de normas son fundamentalmente los de efecto directo, primacía, carácter obligatorio y *preemption* de la norma comunitaria. De entre ellos, los dos primeros ocupan un lugar des-

tacado por su trascendencia práctica y por ser origen de los demás. El presente trabajo pretende centrarse en el análisis del principio de efecto directo, y más en concreto en una de sus manifestaciones de mayor importancia en la práctica forense: el llamado efecto directo horizontal.

Con carácter previo debe recordarse que el principio de efecto directo no es más que la posibilidad de aplicación e invocación de una norma comunitaria a y por una persona, sin necesidad de que esta norma sea incorporada por el Estado a su ordenamiento jurídico mediante un acto formal. Implica por ende la renuncia del Estado a la exclusividad en el ejercicio de la potestad legislativa. Es decir, este principio jurídico encierra la afirmación de que los destinatarios de las normas europeas comunitarias no lo son solamente los Estados miembros, sino que los son también los ciudadanos, quienes asumen derechos y obligaciones procedentes de modo directo de la norma europea. El principio de efecto directo ha sido construido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) con constantes aportaciones que siguen en la actualidad. Sin embargo, la eficacia directa no constituye una regla absoluta, sino que existen importantes matizaciones que son origen de la objetiva dificultad práctica en su aplicación.

125

Dentro de la eficacia directa se distingue en el ámbito comunitario según el tipo de norma de que se trate y según la calidad de las personas intervinientes en la relación en la que se pretende hacer valer la norma comunitaria. Por razón del tipo de norma, habría que distinguir entre Tratados, Reglamentos y Directivas. Por razón de las personas intervinientes en la relación jurídica, se distingue entre relaciones verticales (Estado/Poder Público frente a particulares, o viceversa) y relaciones horizontales (de particular a particular); es decir, si un particular invoca frente al Estado o un poder o ente público la aplicación de una norma comunitaria, nos encontraríamos ante un supuesto de eficacia directa

vertical, pues la relación jurídica entablada es entre sujetos situados en distintos planos de poder; si es en cambio el Estado el que pretende aplicar una norma comunitaria a un particular, nos encontramos ante un supuesto de eficacia vertical inversa (que se admite de modo muy restrictivo según el tipo de norma comunitaria); si finalmente la relación jurídica es entre particulares, invocando uno de ellos la aplicación frente al otro de una norma comunitaria, se habla de eficacia directa horizontal.

Analizaremos muy brevemente la incidencia del principio de efecto directo en los Tratados y en los Reglamentos, así como la eficacia directa vertical de las Directivas, para centrarnos seguidamente y en profundidad en el objeto último de este trabajo, cual es la eficacia directa horizontal de las Directivas Comunitarias.

1. El efecto directo horizontal en los Tratados y Reglamentos

El principio de efecto directo fue reconocido desde fecha muy temprana por el TJCE respecto de las normas contenidas en los Tratados Constitutivos (Sentencia VAN GEND & LOOS (1), lo que no supone una especial novedad en el campo del Derecho Internacional, ya que también son directamente invocables otras normas de otros Tratados Internacionales, incorporados al Derecho de los Estados mediante actos expresos de voluntad de éstos, por ejemplo en materia de obtención de pruebas en el extranjero. De hecho, los Tratados Constitutivos de la Comunidad (CEE, CECA y EURATOM) fueron incorporados al Derecho Interno Español mediante el acto formal de ratificación en Cortes del Tratado de Adhesión de España de 12 de junio de 1985 por medio de la Ley Orgánica de 2 de agosto de 1986.

(1) Sentencia VAN GEND & LOOS, de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62.

Entre la Jurisprudencia Comunitaria que ha reconocido la eficacia directa horizontal de distintos preceptos de los Tratados puede citarse la Sentencia WALRAVE (2), respecto del art. 48 Tratado CEE; la Sentencia DEFRENNE-2 (3), respecto del art. 119 Tratado CEE; incluso la Sentencia REYNERS (4), en un litigio entre un ciudadano belga y el Colegio Nacional de Abogados de Bélgica, en cuanto al art. 52 Tratado CEE. Asimismo, Sentencia RINNER-KÜHN (5), y Conclusiones en este asunto del Abogado General Darmon de 19 de abril de 1989; Sentencia MARY MURPHY y OTROS (6); Sentencia VROEGE (7), y Conclusiones en este asunto del Abogado General Van Gerven, presentadas el 7 de junio de 1994.

Pero la verdadera innovación jurídica se produce cuando el TJCE reconoce efecto directo a las normas del Derecho Comunitario Derivado; es decir, a Reglamentos y Directivas. Los obstáculos a este efecto directo procedían de las teorías dualistas, conforme a las cuales se entendía que los Tratados Constitutivos —en su condición de Tratados internacionales— sólo vinculaban a los Estados miembros, por lo que el Derecho Comunitario Derivado debía ser previamente incorporado al Derecho Interno de cada Estado, mediante normas propias, como paso previo a su aplicación directa; estas normas internas de adaptación, o —más bien— de incorporación, sí que tendrían como destinatarios a sus ciudadanos respectivos. Sin embargo, como recuerda RUIZ-JARABO (8), “el orden jurídico comunitario establecido por los Tratados Constitutivos tiene su base en el abandono defini-

(2) Sentencia WALRAVE, de 12 de diciembre de 1974, asunto 36/74.

(3) Sentencia DEFRENNE-2, de 8 de abril de 1976, asunto 43/75.

(4) Sentencia REYNERS, de 21 de junio de 1974, asunto 2/74.

(5) Sentencia INGRID RINNER-KÜHN contra FWW SPEZIAL-GEBAEUDEREINIGUNG GmbH & Co., de 13 de julio de 1989, asunto 171/88.

(6) Sentencia MARY MURPHY y OTROS, de 4 de febrero de 1988, asunto 157/86.

(7) Sentencia ANNA A. VROEGE, de 28 de septiembre de 1994, asunto C-57/93.

(8) RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso: “La primacía del Derecho Comunitario Europeo”, en *Revista General del Derecho*, n.º 526-527, julio/agosto 1988, págs. 4.497 a 4.506.

tivo, aunque parcial, de sus derechos soberanos efectuado por cada uno de los Estados miembros”; por consiguiente, “el poder del Juez nacional de asegurar directamente la sanción, en su orden jurídico, del Derecho Comunitario, encuentra su fundamento, no en las reglas nacionales, sino en el sistema establecido por las Comunidades”.

128 Centrándonos en los Reglamentos, su eficacia directa ya venía reconocida en el art. 189 Tratado CEE (9) (hoy art. 189 Tratado de la Unión) y se recogió también desde temprana fecha por la Jurisprudencia comunitaria, pues lo contrario hubiese impedido la normal expansión de la unidad europea, jurídica, económica y social, haciéndola depender de la voluntad de cada Estado y creando desigualdades entre los distintos ciudadanos europeos. El Reglamento se configuraba así como fuente directa de derechos y obligaciones para los ciudadanos comunitarios, incluso en las relaciones entre ellos. Tradicionalmente son citadas por los autores las Sentencias POLITI, de 14 de diciembre de 1971, y LEONESIO, de 17 de mayo de 1972, como primeros hitos en una Jurisprudencia constante y hoy numerosa.

2. El efecto directo en las Directivas

Mayor dificultad jurídica planteaban las Directivas, pues sólo obligan y se dirigen, en principio, a los Estados miembros, obligándoles a conseguir un determinado resultado en un cierto plazo mediante una norma interna de trasposición. Dice el artículo 189-3.º del Tratado de la Unión: “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los

(9) Artículo 189-2.º Tratado de la Unión. “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

medios". Se produce lo que el Derecho Alemán ha llamado "Sperrwirkung"; es decir, efecto cierre, en el sentido de que la Directiva encorseta o encauza la norma interna de transposición dentro de unos concretos límites.

Aparentemente la directiva no es, *ab initio*, fuente de derechos y obligaciones para los particulares, al no ser éstos sus destinatarios directos. Pero el TJCE tuvo pronto que resolver el problema de las Directivas no transpuestas en plazo por los Estados pues en ello estaba en juego el principio de igualdad jurídica entre ciudadanos de distintos Estados; es decir, los ciudadanos de un Estado que hubiere transpuesto a tiempo una Directiva tendrían más derechos que los ciudadanos de otro Estado en que ésta no hubiere sido transpuesta. Este principio de igualdad sólo podía encontrar protección mediante el reconocimiento de eficacia directa a las Directivas, lógicamente no transpuestas en tiempo y forma.

El reconocimiento de esta eficacia directa se realizó inicialmente de un modo tímido, y gradual, alternando los argumentos jurídicos utilizados en soporte de esta tesis. En la Sentencia GRAD (10) se admitió el efecto directo de una Directiva por las siguientes razones:

— Se trataba de la aplicación combinada de normas de una Directiva y de una Decisión (párr. 3), siendo la Decisión obligatoria para sus destinatarios.

— El art. 189 Tratado CEE no excluye la eficacia directa de las Directivas (párr. 5).

— En aras del principio de obligatoriedad, cualquier persona puede invocar la norma comunitaria incumplida.

— El art. 177 del Tratado permite a cualquier administrado, a través de los órganos jurisdiccionales nacionales, recurrir al TJCE para plantear cuestiones sobre validez e interpretación de los actos comunitarios (párr. 6).

— La obligación recogida en la Directiva es incondicional y suficientemente precisa, por lo que puede producir efectos

(10) Sentencia FRANZ GRAD, de 6 de octubre de 1970, asunto 9/70.

directos en las relaciones entre los Estados y sus administrados (párr. 9), a partir de la fecha límite de trasposición (párr. 10).

— Principio de efecto útil, aun expuesto de modo embrionario, como defensa de los objetivos comunes y globales de la Comunidad (párrafos 13 y 14).

En esta Sentencia se encontraban ya apuntados varios de los argumentos que han sostenido el principio de efecto directo de las Directivas.

En la Sentencia SACE (11) el Tribunal buscó el apoyo jurídico de determinados preceptos del Tratado CEE en su camino hacia el reconocimiento de este efecto directo. La Sentencia VAN DUYN (12) recoge los argumentos arriba extractados de la Sentencia GRAD, insistiendo especialmente en el mandato del art. 177 del Tratado y en la necesidad de que la disposición de la Directiva reúna los requisitos de los Reglamentos: es decir, incondicionalidad, precisión, inexistencia de margen de apreciación para el Estado y transcurso del plazo de trasposición.

130

Posteriormente Sentencias, como la Sentencia V.N.O. (13) o la Sentencia DELKVIST (14), remarcan la importancia del llamado principio de "efecto útil" de las Directivas, en virtud del cual se reconoce a los administrados el derecho a invocar y hacer valer las disposiciones de una Directiva ante los Jueces nacionales y en virtud del cual los Jueces nacionales pueden y deben tomarlas también en consideración como elementos integrantes del Derecho Comunitario. Este principio de efecto útil se basa en la idea de asegurar el cumplimiento de los objetivos de las Comunidades. Asimismo, dice la citada Sentencia V.N.O. que, en caso de no trasposición en plazo, las autoridades competentes son privadas de los

(11) Sentencia SACE, de 17 de diciembre de 1970, asunto 33/70.

(12) Sentencia VAN DUYN, de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74.

(13) Sentencia VERBOND van NEDERLANDSE ONDERNEMIGEN, de 1 de febrero de 1977, asunto 51/76.

(14) Sentencia DELKVIST, de 27 de noviembre de 1978, asunto 21/78.

límites de apreciación trazados por la Directiva para su trasposición.

La Sentencia RATTI (15) incorpora una fundamentación cada vez más amplia, basada en los siguientes puntos:

— El art. 189 Tratado no excluye la eficacia directa de las Directivas (párrafo 19.º).

— Principio de efecto obligatorio (párrafo 20.º).

— Principio de efecto útil (párrafo 21.º).

— El Estado miembro que no ha adaptado en plazo su legislación “no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de sus obligaciones” (párrafo 22.º).

— El Juez nacional no puede aplicar su Ley interna, cuando no sea conforme con la Directiva (párrafo 24.º).

Por un lado, esta Sentencia abandona de modo definitivo los intentos de dotar de efecto directo a una directiva mediante el apoyo en otras normas jurídicas de mejor rango; es decir, el efecto directo se predica directamente de la Directiva. Por otro lado, desarrolla dos interesantes argumentos más: el de la imposibilidad por parte del Estado de invocar y aprovechar su propio incumplimiento, y el de la inaplicabilidad de la Ley interna frente a la norma comunitaria contradictoria. Este último argumento merece una pequeña reflexión. Su fundamento se halla, en realidad en el principio de primacía de la norma comunitaria, el cual tiene a su vez su complemento en el especial sistema de reparto de competencias entre la Comunidad o Unión Europea y los Estados miembros; este reparto no se hace por materias, sino por fines, lo que permite que el Derecho Comunitario se extienda progresivamente a sectores cada vez más amplios que antes estaban ocupados por la norma interna: “El desplazamiento de ésta no se explica porque el Estado fuese inicialmente incompetente para legislar sobre la materia, sino por el juego de este principio de pri-

(15) Sentencia RATTI, de 5 de abril de 1978, asunto 148/78.

macía" (16). En el presente caso, la Directiva no traspuesta desplaza a la norma interna en cuanto ésta sea contraria o incompatible; el problema es si el desplazamiento puede ser total (lo que implicaría reconocer a las Directivas efecto directo: vertical, vertical inverso y horizontal) o sólo parcial.

Llegados a este punto, procede recordar aquí las condiciones siempre exigidas por el TJCE para reconocer este efecto directo:

— Que haya transcurrido el plazo de trasposición, y el Derecho interno no se haya adaptado o lo haya sido incorrectamente o de modo incompleto.

— Que la disposición de la Directiva sea incondicional y lo suficientemente clara y precisa para identificar el derecho que se invoca, sin margen real para la discrecionalidad del Estado.

Con posterioridad son muchas las Sentencias que han abundado en los anteriores argumentos, y en otros anexos como los principios de igualdad, de no discriminación y de aplicación uniforme de la norma (17).

132

3. El efecto directo horizontal en las Directivas

La exposición previa del efecto directo —en general— de las Directivas es punto de arranque imprescindible para plantear la actual controversia sobre el reconocimiento o no de efecto directo horizontal a las Directivas; es decir, si puede un particular, que litiga contra otro particular, invocar una norma contenida en una Directiva que no ha sido aún traspuesta por el Estado miembro, siempre y cuando se cum-

(16) RON MARTÍN, Fernando: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección Segunda) de 5 de junio de 1992. No aplicación del principio de primacía del Derecho Comunitario"; *Revista General del Derecho*, n.º 583, abril 1993; pág. 2854.

(17) MANGAS MARTÍN, Araceli: "Las relaciones entre el Derecho Comunitario y el Derecho Interno de los Estados miembros a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia", pág. 68; publicado en *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Rodríguez Iglesias y Liñán Nogueras, 1993.

plan las condiciones antes expuestas. El TJCE ha rechazado hasta ahora el reconocimiento del efecto horizontal; sin embargo, son varias las vías indirectas que se han abierto y que en cierto modo se aproximan a un reconocimiento general, propugnado hoy por un amplio sector doctrinal y por algunos de los Abogados Generales del Tribunal.

A. Argumentos alegados en contra del efecto directo horizontal.

Analizaremos inicialmente las razones invocadas en contra de tal reconocimiento:

1. *Alcance objetivo:*

Se alega que conforme al art. 189 del Tratado de la Unión, la Directiva obliga únicamente al Estado miembro, y no tiene alcance general.

Dice la Sentencia MARSHALL (18) (hoy MARSHALL-I), párrafo 48.º: “Por lo que respecta al argumento según el cual una directiva no puede ser invocada contra un particular, es menester subrayar que según el artículo 189 del Tratado el carácter obligatorio de una Directiva, sobre el que se basa la posibilidad de invocar ésta ante un Organo Jurisdiccional nacional, sólo existe respecto a ‘todo Estado miembro destinatario’. De ello deriva que una Directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede por consiguiente ser invocada, en cuanto tal, contra dicha persona”.

2. *Falta de publicidad* de las Directivas, ya que solamente existe obligación de ser notificada a los Estados destinatarios.

El Abogado General SLYNN (19) tiene afirmado: “Las obligaciones impuestas por tal Directiva lo son a los Estados miembros. No ha de ser notificada (la Directiva) a los par-

(18) Sentencia MARSHALL, de 26 de febrero de 1986, asunto 152/84.

(19) Conclusiones del Abogado General Sir Gordon SLYNN al asunto MARSHALL, presentadas el 18 de septiembre de 1985.

ticulares y se publica en el Diario Oficial sólo a título informativo; y ello supone, en mi opinión, un vínculo demasiado débil con el particular afectado como para crear una obligación legal”.

3. La *naturaleza jurídica de la Directiva* es distinta de la del Reglamento, pues mientras éste crea directamente derechos y obligaciones para los Estados y particulares, aquélla impone conseguir un determinado resultado. El reconocimiento de eficacia horizontal a las Directivas las convertiría en Reglamentos.

En este sentido, según el Abogado General SLYNN, en las citadas Conclusiones: “Otorgar el llamado «efecto horizontal» a las Directivas difuminaría totalmente la diferencia entre los Reglamentos y las Directivas establecidas en los artículos 189 y 191 del Tratado”.

134 4. Al tercero particular, frente a quien se invoca una Directiva, se le impondría una *carga contraria al principio de confianza legítima*.

El Abogado General LENZ (20) se planteaba este argumento en los siguientes términos: “Cabe preguntarse si a un particular cuyo comportamiento es correcto dentro del ordenamiento jurídico nacional pueden imponérsele cargas derivadas de una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno y que no va dirigida a él, respecto a las cuales no puede además obtener ninguna indemnización por parte del Estado miembro incumplidor”.

5. En íntima relación con el argumento anterior se afirma que el efecto directo de la Directiva se reconoce como *sanción al Estado incumplidor*, incumplimiento que no es trasladable a terceros particulares.

Es de destacar la Sentencia MARSHALL, en su apartado 49.º, cuando dice: “cuando los justiciables pueden invocar una directiva contra el Estado, lo pueden hacer cualquiera que

(20) Conclusiones del Abogado General LENZ de 9 de febrero de 1994 al asunto PAOLA FACCINI DORI contra RECREB S.r.l. (Sentencia de 14 de julio de 1994, asunto C-91/92), apartado 62.º

sea la calidad en que éste actué, ya como empresario, ya como entidad pública. En uno y otro caso es conveniente, en efecto, evitar que el Estado pueda sacar ventajas de haber ignorado el Derecho Comunitario”.

En el mismo sentido, el Abogado General MISCHO (21): “La jurisprudencia del Tribunal utiliza alternativamente las expresiones ‘crear obligaciones a un particular’, ‘invocar una directiva contra un particular’ o ‘ampararse frente a un particular en una disposición de una directiva’, para decir básicamente que una directiva aún no incorporada no puede implicar consecuencias negativas directas para un particular”.

6. Finalmente se niega la eficacia horizontal de las Directivas por el principio de democracia. Es decir, puesto que en la creación de la Directiva no interviene el Parlamento Europeo, su legitimidad democrática le vendría atribuida por la norma de trasposición aprobada por cada legislador nacional.

Los anteriores argumentos pueden y deben ser discutidos individualmente:

1. En relación al alcance obligatorio, señala el Abogado General JACOBS (22) que el art. 189 del Tratado “no excluye expresamente la posibilidad de que de las Directivas resulten obligaciones derivadas a cargo de personas distintas de los Estados miembros”; y razona asimismo que si las obligaciones se circunscriben exclusivamente a los Estados miembros, no es fácil justificar que imponga obligaciones a organismos y empresas públicos y semi-públicos.

De modo más técnico afirma MARTÍNEZ MURILLO (23) que “es cierto que este precepto (art. 189 Tratado) indica

(21) Conclusiones del Abogado General MISCHO de 28 de noviembre de 1989 al asunto CECA contra ACERIAS BUSSENI (asunto C-221/88), apartado 46.º

(22) Conclusiones del Abogado General JACOBS de 27 de enero de 1994 al asunto NICOLE VANEETVELD contra LE FOYER S.A. y otra (Sentencia de 3 de marzo de 1994, asunto C-316/93), apartado 20.º

(23) MARTÍNEZ MURILLO, Juan José: “Directivas: Su aplicabilidad directa y su efecto directo vertical y... ¿horizontal?”. *Gaceta Jurídica de la CEE*, noviembre 1991, págs. 20 a 23.

que la directiva obligará al Estado miembro destinatario, pero tal obligación se impone en cuanto al resultado que deba conseguirse. Creemos que debe diferenciarse entre la obligación de adoptar medidas de ejecución que desarrollen las disposiciones de la directiva, y las obligaciones que tales medidas de ejecución o tales disposiciones de la directiva puedan contener, las cuales no sólo pueden estar perfectamente dirigidas a particulares, sino que en la mayoría de los casos lo estarán”.

El Juez del Tribunal de Justicia SCHOCKWEILER (24) también se muestra favorable al efecto directo horizontal: “...resulta de la jurisprudencia que los efectos de una norma comunitaria están en función, no de la calidad de su destinatario, sino de su propia naturaleza jurídica. En efecto, en los asuntos de 12 diciembre 1974, Walrave et Koch, y de 8 abril 1976, Defrenne-II, el Tribunal ha aplicado los artículos 7 y 119 del Tratado CEE, aunque formalmente dirigidos a los Estados miembros, a asuntos contractuales entre particulares, fundándose en el carácter obligatorio de estas disposiciones, pero sin preguntarse sobre la cualidad de sus destinatarios”.

Por último, el Abogado General LENZ (25) afirma: “Por lo que respecta a los objetivos de una Directiva, los Estados miembros no disponen normalmente de un margen de apreciación. Entre estos objetivos figura, por ejemplo, el hecho de conferir fuerza obligatoria, a más tardar al finalizar el plazo de adaptación del Derecho interno, a algunas normas protectoras. El carácter obligatorio de tales normas es deseado por el legislador comunitario e inherente a la naturaleza de la Directiva”.

En definitiva, entendemos que la dicción del art. 189 no es obstáculo para el reconocimiento de eficacia horizontal a

(24) SCHOCKWEILER, Ferdinand: “Effets des Directives non Transposées en Droit National à l'égard des particuliers”, pág. 1.208; publicado en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos 1993.

(25) Conclusiones al asunto FACCINI DORI citadas, apartado 60.º

las Directivas. El plazo de trasposición actuaría a modo de término suspensivo máximo; pero, una vez expirado, la obligatoriedad de la norma que sea precisa, clara e incondicional deriva directamente de la *voluntad del legislador comunitario* y, sobre todo, del *principio de primacía* de todo el ordenamiento jurídico comunitario. Obsérvese que este razonamiento no altera el margen de apreciación de los Estados en la trasposición, pues si la norma no es clara, precisa e incondicional, no habría eficacia directa horizontal ni vertical. En cambio, si la norma reúne tales requisitos, no existe en realidad margen de apreciación, salvo en cuanto a la elección del tipo de norma interna que se utilizará para la trasposición.

2. El segundo argumento se refería a la ausencia de publicidad obligatoria de las Directivas, pero es más bien un argumento teórico, pues lo cierto es que todas las Directivas han sido siempre publicadas en el Diario Oficial. El hecho de que el Tratado CEE no previese formalmente su publicación obligatoria tiene su origen, como señala PESCATORE, en el papel inicialmente limitado que se atribuía a las Directivas; papel superado en la práctica al revelarse éstas como el mecanismo por excelencia para armonización de las legislaciones nacionales.

La ausencia de publicación de una norma o acto cualquiera ha sido considerada por el TJCE como motivo para impedir su eficacia jurídica, por ejemplo el asunto RACKÉ. Pero, aceptada la publicación de hecho de las Directivas comunitarias, los partidarios de rechazar el efecto directo horizontal se esfuerzan por distinguir entre publicidad declarativa (es decir, simple posibilidad de tener conocimiento de un acto jurídico) y publicidad constitutiva. Entendemos que esta distinción es artificial y carente de apoyo jurídico o filosófico alguno. En esta misma línea el Abogado General JACOBS (26).

(26) Conclusiones al asunto VANEETVELD citadas, apartado 24.º

En cualquier caso, la discusión carece actualmente de sentido tras la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea (1 de noviembre de 1993), por cuanto el art. 191 del Tratado de la Unión exige también para las Directivas su publicación en el Diario Oficial. Por esta razón el informe del Abogado General LENZ al asunto FACCINI DORI concluía (27): “Por lo que al futuro se refiere, parece necesario reconocer, en el marco de una evolución jurisprudencial fundada en el Tratado CE y en aras de una aplicación uniforme y eficaz del Derecho Comunitario, la aplicabilidad general de las disposiciones precisas e incondicionales recogidas en las Directivas, para responder a las legítimas expectativas que albergan los ciudadanos de la Unión después de la realización del mercado interior y de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea”.

138

3. Se ha alegado también la distinta naturaleza jurídica de Directivas y Reglamentos para rechazar el efecto directo horizontal de aquéllas. Este argumento ha sido contestado con iguales razonamientos por los Abogados Generales LENZ y JACOBS, señalando éste último que “...una Directiva sólo producirá efectos jurídicos cuando haya vencido el plazo fijado por ésta para su aplicación. Los Reglamentos y las Directivas seguirán siendo instrumentos distintos, adaptados a situaciones diferentes y que alcanzan sus objetivos por medios distintos, incluso si se admite que, en determinadas circunstancias, una Directiva que no ha sido correctamente aplicada puede obligar a ciertas entidades privadas” (28).

Por su parte, el Abogado General LENZ (29) afirma: “La naturaleza de la Directiva no es obstáculo, a mi juicio, para su eficacia horizontal. Esta no hace desaparecer tampoco la delimitación entre Reglamento y Directiva, ya que los efectos directos de la Directiva son posibles después de la expi-

(27) Conclusiones al asunto FACCINI DORI citadas, apartado 74.º, párrafo 4.

(28) Conclusiones al asunto VANEETVELD citadas, apartado 25.º

(29) Conclusiones al asunto FACCINI DORI citadas, apartado 61.º

ración del plazo de adaptación del Derecho interno y sólo para disposiciones claras e incondicionales”.

Al respecto, SCHOCKWEILER (30) también considera que: “Es cierto que algunas directivas dejan a los Estados miembros la elección entre múltiples soluciones para alcanzar el resultado prescrito. Pero, incluso dentro de tal hipótesis, puede determinarse el contenido mínimo de derechos que la directiva en cuestión confiere a los particulares”.

A lo anterior debe añadirse que la distinta naturaleza de Directivas y Reglamentos se halla esencialmente en su finalidad. Y que, en todo caso, el principio de primacía, predicable de todo el ordenamiento jurídico comunitario en su conjunto, no puede quedar afectado por esta falta de trasposición. Del mismo modo que el TJCE ha rechazado reiteradamente que la norma comunitaria pudiera verse afectada, limitada, restringida o suspendida en su eficacia por cualquier causa, de este mismo modo la aplicabilidad de los preceptos incondicionales, claros y precisos de una directiva no puede depender de la trasposición o de la trasposición correcta de ésta mediante cada norma interna.

4. Los argumentos relativos a la confianza legítima del tercero particular y a la configuración del efecto horizontal exclusivamente como sanción al Estado incumplidor están íntimamente relacionados entre sí, y pueden ser discutidos conjuntamente.

a) Es cierto que, desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica, resulta problemático el hecho de que un particular, que ha adaptado su comportamiento al orden jurídico interno, pueda verse afectado por cargas derivadas de una Directiva aún no traspuesta en su ordenamiento interno.

Pero no olvidemos tampoco que el anterior razonamiento tiene su apoyatura jurídica en las llamadas tesis dualistas (cuyo ámbito se encuentra más en el Derecho Internacional

(30) SCHOCKWEILER, F., *op. cit.*, pág. 1.212.

que en el Derecho Comunitario); según estas teorías, una norma contenida en un tratado internacional o, sencillamente, procedente de un foco internacional no podría producir ningún efecto en ese Estado a falta de una norma interna de incorporación de la norma internacional al orden jurídico interno.

Estas tesis dualistas han sido ya rechazadas, desde muy temprano, por el TJCE, como contrarias a los principios de la unidad del ordenamiento comunitario, de igualdad entre los ciudadanos comunitarios y de primacía de la norma comunitaria. Es inaceptable jurídicamente que, bajo la cobertura de una pretendida defensa de la “confianza legítima” de los particulares-terceros, se iguallen las normas del Derecho Internacional y las de las Directivas comunitarias no traspuestas. Porque cada Directiva representa la voluntad del legislador comunitario de armonización de los Derechos Internos; voluntad que prima sobre éstos y sobre cualquier mecanismo o concepción jurídica que retrase o limite la eficacia de la norma comunitaria (por ejemplo, Sentencia SIMMENTHAL de 9 de marzo de 1978; asunto 106/77); en el caso de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (a la que se refiere la antes citada Sentencia FACCINI DORR), dice su Considerando 2.º: “Considerando que una desigualdad entre dichas legislaciones puede tener una incidencia directa sobre el funcionamiento del mercado común; que conviene, por lo tanto, proceder en dicho ámbito a la aproximación de las legislaciones”.

b) Además de lo anterior, el propio TJCE ha impuesto indirectamente cargas a los particulares por el efecto directo reconocido a las Directivas; es el caso, por ejemplo, de las Sentencias FRATELLI COSTANZO (31) y GEBROEDERS

(31) Sentencia FRATELLI COSTANZO contra MUNICIPIO DE MILÁN, de 22 de junio de 1989, asunto 103/88.

BEENTJES (32) en materia de contratación administrativa, en las que el Tribunal acudió al subterfugio de entender que los demandantes formulaban una exigencia frente a la Administración y no frente a otros particulares. Comentando estas dos Sentencias, el Abogado General MISCHO (33) afirmaba: "El hecho de que la aceptación de dicha exigencia haya podido tener consecuencias perjudiciales para otros particulares no significa, sin embargo, que la Directiva se haya aplicado directamente a éstos últimos". El razonamiento del Abogado General es artificioso y tiene como exclusiva finalidad el cerrar los ojos a un hecho objetivo: los demás licitadores se vieron afectados por la reclamación de otro particular, y se les impuso una carga derivada de una Directiva no traspuesta a tiempo, la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obra pública.

141

Esta misma eficacia indirecta se produjo, por ejemplo, en la Sentencia MARLEASING de 13 de noviembre de 1990, a la que nos referiremos más adelante.

c) En tercer lugar, el contrapunto claro al principio de confianza legítima del tercero particular es el principio de confianza legítima del otro particular. En definitiva todo el problema se reduce a una colisión o pugna entre dos bienes jurídicos, que parecen de igual categoría, debiendo decidirse cuál de esos bienes jurídicos es más digno de protección, para lo que deberán tenerse en cuenta los principios generales del Derecho Comunitario que son los que presiden la interpretación de las normas comunitarias. Bien entendido que el Estado miembro incumplidor, responsable de la situación de inseguridad jurídica que afecta a esos particulares en conflicto, deberá indemnizar a aquél que se vea lesionado o gravado en su posición jurídica.

(32) Sentencia GEBROEDERS BEENTJES contra ESTADO de los PAÍSES BAJOS, de 20 de septiembre de 1988, asunto 31/87.

(33) Conclusiones al asunto CECA/BUSSENI citadas, apartado 58.º *in fine*.

Nuestro propio Derecho español regula situaciones en las que se produce una colisión entre bienes jurídicos, que se resuelve haciendo primar uno u otro según cuál de ellos aparezca como “más digno de protección”. Es el caso por ejemplo, del artículo 1.297 del Código civil en materia de rescisión de contratos por fraude de acreedores. Este precepto, por razones de protección del tráfico jurídico, protege al acreedor frente al adquirente a título gratuito, al entender que el derecho del primero es más digno de protección jurídica que el derecho del segundo. En el mismo sentido, el art. 37 de la Ley Hipotecaria Española.

En el caso de la eficacia horizontal de las Directivas, ambos bienes jurídicos parecen de igual categoría. Pero precisamente por ello, nada sustenta o hace más razonable la postura de primar al particular que ignoró el contenido de la Directiva, negando el efecto horizontal; tampoco hay razón *a priori* para primar al otro, reconociendo el efecto horizontal. La solución se encuentra en dos aspectos.

— Por un lado, expirado el plazo de trasposición, la carga representada por las disposiciones incondicionales, precisas y claras de la Directiva resulta previsible; dice el Abogado General LENZ (34): “Me pregunto si la confianza fundada en la posibilidad de que el legislador nacional tenga un comportamiento contrario al Derecho Comunitario es digna de protección”.

Además y aunque resulta formalmente duro, la ignorancia de las leyes (internas o comunitarias) no exime de su cumplimiento; ni la ignorancia de la Directiva, ni la ignorancia del principio de primacía, el cual vuelve a mostrar su posición clave en este problema del efecto horizontal.

— Por otro lado, y éste sería el segundo aspecto de la solución, el mero recordatorio de los principios generales del orden comunitario (primacía, unidad, efecto útil, igualdad) obliga necesariamente a hacer primar la posición de

(34) Conclusiones al asunto FACCINI DORI citadas, apartado 67.º

quien reclame la eficacia horizontal de la Directiva, frente a quien no adaptó su conducta a ella, excusándose en el ordenamiento interno no adaptado.

5. Resta por rebatir el argumento del déficit democrático. Destaca el hecho de que se alega sólo frente a las Directivas, cuando lo cierto es que sería aplicable también a los Reglamentos, cuya eficacia horizontal nadie discute.

Dice el Abogado General LENZ (35): “El legislador nacional tiene plena libertad, dentro del plazo para la adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en la Directiva, para elegir la forma y los medios de llevar a cabo la misma”. “Sólo las disposiciones (...) suficientemente precisas como para no necesitar, para su ejercicio, ninguna integración –y que deban, en cuanto tales, ser recogidas por el legislador nacional– producirían inmediatamente en el marco del ordenamiento jurídico nacional, efectos jurídicos en las relaciones entre los destinatarios de la normativa controvertida. Los temores de que se produzca una ruptura entre la situación jurídica existente durante el período transitorio, precedente a la adaptación del Derecho nacional a lo dispuesto en la Directiva, y la existente después, carecen a mi juicio de fundamento, puesto que las disposiciones que pueden ser aplicadas en sentido horizontal deben recogerse también en el acto de ejecución”.

143

B. Argumentos en favor del efecto directo horizontal.

Desvirtuados uno o a uno los argumentos utilizados para negar el efecto directo horizontal a las Directivas comunitarias, es el momento de exponer cuáles son los razonamientos para abogar por la tesis contraria.

(35) Conclusiones al asunto FACCINI DORI antes citadas, apartado 70.º

1. Principio de Unidad o Uniformidad:

Según la Sentencia ZUCKERFABRIK (36), la aplicación uniforme del Derecho Comunitario es “una exigencia fundamental del ordenamiento jurídico comunitario”. Piénsese en la situación que se produce cuando, transcurrido el plazo de trasposición de una Directiva, algunos Estados miembros han dictado el acto de trasposición y otros no. La falta de unidad jurídica impide la creación de una auténtica Comunidad de hecho y de derecho.

En esta idea han insistido doctrina y Jurisprudencia. El Abogado General JACOBS (37) señala: “Respecto al argumento basado en la necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario, su procedencia es evidente; es necesario velar por la aplicación uniforme de la legislación comunitaria no sólo entre los Estados miembros, sino en el interior de los Estados miembros. Es indudable que se producirán distorsiones (...), si la ejecución de las Directivas puede ser invocada, por ejemplo, contra los empleadores, proveedores de bienes o prestadores de servicios del sector público, pero no contra los del sector privado. No se resuelve el problema alegando que estas distorsiones desaparecerán si la Directiva es correctamente aplicada; *la situación que debe tenerse en cuenta es aquella en que una Directiva no ha sido aplicada correctamente*”.

El Abogado General VAN GERVEN (38) coincide en entender que “el punto de partida para cualquier análisis del efecto directo de disposiciones de Derecho comunitario es la unidad del ordenamiento jurídico comunitario”.

SCHOCKWEILER (39) señala asimismo: “El objetivo de una aplicación uniforme del derecho comunitario en toda la Co-

(36) Sentencia ZUCKERFABRIK de 21 de febrero de 1981, asuntos C-143/88 y C-92/89, apartado 26.º

(37) Conclusiones al asunto VANEETVELD antes citado, apartados 29.º *in fine* y 30.º

(38) Conclusiones al asunto BANKS presentadas el 27 de octubre de 1993, apartado 25.º principio (Sentencia de 13 de abril de 1994, asunto C-128/92).

(39) F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, pág. 1218 (traducción del autor).

munidad se verá ciertamente comprometido si la invocabilidad de las disposiciones de una directiva se limita a los asuntos entre un particular y una entidad relevante del sector público”.

Manifestación enormemente gráfica de esta falta de uniformidad y de seguridad jurídica se encuentra en algunos títulos con que la doctrina aborda el problema. A modo de simples ejemplos, podemos citar a EMMERT (*¿Efecto horizontal de las Directivas? Mejor un final con susto, que un susto sin final*) o a EMMERT y PEREIRA DE AZEVEDO (*El efecto horizontal de las directivas. La Jurisprudencia del TJCE: ¿un barco ebrio?*).

2. Principio de Igualdad y No Discriminación:

Según el Juez SCHOCKWEILER (40): “Aceptar que los derechos derivados para un particular de una directiva puedan solamente ser invocados contra entidades relevantes, de un modo o de otro, del poder público crea una desigualdad de trato entre las personas que se encuentren frente a una entidad relevante del sector público y aquéllas que reivindicar el mismo derecho frente a una persona física o moral de derecho privado”.

145

Por su parte, dice el Abogado General LENZ (41): “El principio de no discriminación, que tiene rango de derecho fundamental, opera igualmente a favor de la eficacia horizontal de las Directivas, en múltiples aspectos. Por una parte, no resulta satisfactorio que los justiciables estén sujetos a normas diferentes según mantengan relaciones jurídicas comparables con una entidad vinculada al Estado o con un particular”. “Dicha desigualdad sólo debe admitirse hasta la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno. Entre los objetivos de la Directiva está el de que prevalezcan a continuación condiciones comparables”.

(40) F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, pág. 1.216 (traducción del autor).

(41) Conclusiones al asunto FACCINI DORI antes citadas, apartados 51.º y 52.º

En igual sentido, el Abogado General JACOBS (42): “Desde que el Tribunal de Justicia atribuyó tal alcance (efecto directo) a las Directivas, resulta difícil justificar distinciones entre, por ejemplo, los empleadores del sector público y los empresarios del sector privado”.

El TJCE ha admitido la existencia de esta desigualdad, pero se limitó a afirmar en la Sentencia MARSHALL (43) que “tal distinción podría haber sido fácilmente evitada si el Estado miembro en cuestión hubiera incorporado correctamente la directiva a su Derecho interno”. Este argumento es inaceptable, pues supone cerrar los ojos a la protección pedida al Tribunal por el justiciable.

146 Por último, dentro de la doctrina española conviene citar a MANGAS (44): “la doctrina del efecto directo de las directivas puede perder fuerza social y política si permanecen relegados sus beneficios a las relaciones de los administrados con las Administraciones públicas (relaciones verticales) y no se permite que afloren en las relaciones privadas. Las situaciones referidas a la aplicación de las directivas comunitarias en el ámbito laboral, (...) así como otras directivas sobre protección de los consumidores (...) pueden dar lugar a soluciones discriminatorias”.

En el ámbito de nuestro Derecho interno no puede dejar de hacerse referencia a una incipiente Jurisprudencia constitucional, que constituye el embrión del reconocimiento de la eficacia horizontal a los derechos fundamentales en el campo de las relaciones sociales y laborales, y de la que es exponente la Sentencia 18/84: “...en un Estado Social de Derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos (derechos fundamentales y libertades públicas) no lo sea en la vida social” (45).

(42) Conclusiones al asunto VANEETVELD, antes citadas, apartado 21.º principio.

(43) Sentencia MARSHALL citada, apartado 51.º

(44) MANGAS MARTÍN, Araceli, *op. cit.*, pág. 78.

(45) Sentencia del Tribunal Supremo Español 18/84, de 7 de febrero de 1984, F. J.º 6.º

3. Principio de Seguridad Jurídica:

Dice el Abogado General JACOBS (46): “En mi opinión, no puede objetarse (para negar la eficacia directa horizontal) que la imposición de obligaciones a los particulares comprometería la seguridad jurídica. Por el contrario, el rasgo más destacado de la jurisprudencia existente al respecto es, quizás, la inseguridad que produce. Esta Jurisprudencia ha conducido, en primer lugar, a una interpretación muy amplia del concepto del Estado miembro de forma que la ejecución de las Directivas puede invocarse incluso contra empresas comerciales en las que existe un elemento de participación o de control estatal, a pesar de que estas empresas no son responsables del incumplimiento de los Estados miembros, y de que pueden ser competidoras directas de las empresas del sector privado contra las cuales no puede invocarse la ejecución de las mismas Directivas. Además ha generado una gran inseguridad en lo que se refiere al alcance de la normativa nacional, si se tiene en cuenta la obligación que pesa sobre los órganos jurisdiccionales nacionales de extender al máximo el sentido de los términos de la normativa nacional para dotar de eficacia a las Directivas que no han sido correctamente aplicadas (...) *Así pues, de las Directivas que no han sido correctamente aplicadas pueden derivar obligaciones para los particulares*”.

147

En el mismo sentido el Abogado General LENZ (47). Asimismo, dice MANGAS (48): “El caso FOSTER es sólo una muestra de la inseguridad jurídica de la doctrina del efecto directo restringida a las relaciones verticales: protegió a las demandantes porque cuando sucedieron los hechos era empresa nacionalizada. Poco después al ser privatizada, los trabajadores perdieron la protección del derecho comunitario”.

(46) Conclusiones al asunto VANEETVELD citadas, apartado 31.º

(47) Conclusiones al asunto FACCINI DORI citadas, apartado 66.

(48) MANGAS MARTÍN, Araceli, *op. cit.*, pág. 78.

4. *Principio de Efecto Útil:*

La Sentencia VAN DUYN (49), aun sin reconocer el efecto directo horizontal, señala que el “efecto útil” “de las directivas se vería debilitado, si los particulares afectados no pudiesen invocarla y las jurisdicciones nacionales no pudiesen tenerla en cuenta en tanto que elemento del Derecho Comunitario”.

En definitiva, el Tribunal de Justicia está obligado a ofrecer y aportar soluciones eficaces para la protección de los derechos comunitarios. En el asunto FRANCOVICH (50), el Tribunal condenó al Estado italiano a indemnizar los daños ocasionados a unos particulares por aplicación incorrecta de una Directiva. Pero esta indemnización no puede sustituir satisfactoriamente la eficacia directa de la Directiva, por la sencilla razón de que en las relaciones horizontales entre particulares, el ciudadano se vería abocado a dos procedimientos judiciales distintos, lo que no se cohonestaba con el principio de efecto útil reconocido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

5. *Principio de Primacía:*

La reducción del ámbito de aplicación del efecto directo de las Directivas, al exclusivo caso en que el particular la invoca frente a una autoridad pública, afecta gravemente al reconocimiento de primacía de esa Directiva en el Derecho interno. El propio Tribunal de Justicia ya ha puesto de manifiesto la íntima relación entre los principios de efecto directo y de primacía en diversas Sentencias, entre otras en el asunto VARIOLA (51).

(49) Sentencia VAN DUYN de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74.

(50) Sentencia FRANCOVICH y otros de 19 de noviembre de 1991, asuntos C-6/90 y C-9/90.

(51) Sentencia VARIOLA de 10 de octubre de 1973; asunto 37/73, párrafo 15.º

4. Vías indirectas para el reconocimiento del efecto directo horizontal

La negativa del TJCE a reconocer el efecto directo horizontal de las Directivas ha obligado a éste a buscar vías indirectas que subsanen en lo posible los efectos perjudiciales de aquella negativa. Tales esfuerzos, dirigidos en varias direcciones, revelan que el rechazo de la eficacia directa horizontal es una solución no satisfactoria para el propio Tribunal, al menos desde un punto de vista práctico y de justicia, y permiten esperar un definitivo cambio de criterio en esta delicada materia.

A. Ampliación del concepto de Estado.

El primer paso decidido del Tribunal, cronológicamente hablando, se dirige a ampliar el concepto de Estado, permitiendo así al particular invocar el contenido de las Directivas no traspuestas contra toda autoridad descentralizada, toda autoridad administrativa, toda entidad dependiente del Estado e incluso todas las empresas públicas. Pueden citarse distintos ejemplos.

— La Sentencia MARSHALL antes citada reconoció el efecto directo frente a un Organismo Sanitario encargado de gestionar un servicio público británico, que actuaba con el carácter de empleador.

— En el mismo sentido la Sentencia FOSTER (52) respecto de una empresa nacionalizada encargada de un monopolio estatal.

— La Sentencia BECKER (53), respecto de las autoridades fiscales.

— La Sentencia COSTANZO (54) respecto de las autoridades territoriales, como el Municipio de Milán.

(52) Sentencia FOSTER, de 12 de julio de 1990, asunto 188/89.

(53) Sentencia BECKER, de 19 de enero de 1982, asunto 8/81.

(54) Sentencia FRATELLI COSTANZO, de 22 de junio de 1989, asunto 103/88.

—La Sentencia SCHOLZ (55), respecto de la Opera universitaria de Cagliari y Cinzia.

—La Sentencia BANKS (56), respecto de la British Coal, afirmando el Abogado General, apartado 41.º: “...es una sociedad constituida en virtud de una ley, es toda ella propiedad de las autoridades británicas y está investida de cierto número de derechos y obligaciones, definidos legalmente, entre los que figura un monopolio”.

La definición más amplia es sin duda la contenida en la Sentencia FOSTER (57): “*un organismo* al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo control de ésta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares”.

150 Como señala el Juez SCHOCKWEILER (58), el Tribunal “no excluye que frente a otros organismos relevantes de la esfera pública puedan oponerse las disposiciones de una directiva, por cuanto, en defecto de reconocimiento de tal efecto, el Estado obtendría una ventaja de su incumplimiento del Derecho Comunitario”.

B. Ampliación del sujeto favorecido.

En principio cualquier particular, persona jurídica o física, puede invocar una Directiva no traspuesta frente al Estado o cualquier organismo público. Sin embargo, no parece posible que un Organismo Público la invoque frente a otro.

(55) Sentencia INGETRAUT SCHOLZ, Conclusiones del Abogado General Jacobs de 15 de diciembre de 1993, asunto C-419/92.

(56) Sentencia BANKS, Conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 27 de febrero de 1993, asunto C-128/92.

(57) Sentencia FOSTER antes citada, apartado 20.º

(58) F. SCHOCKWEILER, *op. cit.*, pág. 1.206.

No obstante, resulta muy interesante la Sentencia CECA/BUSSENI (59). Se planteaba en este asunto si podían gozar de preferencia en la quiebra de la empresa italiana Acerías y Ferrerías Busseni S.p.a. los créditos que contra tal empresa tenía la CECA, cuando la Recomendación CECA que reconocía esa preferencia no había sido incorporada en plazo al ordenamiento jurídico italiano. El Abogado General MISCHO (60) entendió que la CECA no podía invocar esta preferencia frente a los acreedores particulares. El TJCE por su parte afirma en el punto 1.º de su Fallo que “la CECA puede invocarla en contra de un Estado miembro que no haya adaptado su Derecho interno a la recomendación, sin perjuicio de que el único efecto del reconocimiento del carácter preferente de sus créditos se produzca tan sólo frente al Estado de que se trate, equiparando, en su caso, a dicha Comunidad con él en lo que a prelación de créditos se refiere, sin reducir los derechos de los acreedores distintos del Estado...”.

151

La solución adoptada en este caso, permitía a la CECA, ente supranacional distinto obviamente al Estado incumplidor, mantener en cierta medida la preferencia crediticia que se reconocía en la Recomendación no traspuesta a tiempo. Al mismo tiempo, el Tribunal trataba de asegurar que ningún perjuicio indirecto recayese sobre los otros acreedores distintos del Estado. En definitiva, el Tribunal vuelve a rechazar el principio de efecto horizontal, pero al mismo tiempo amplía la eficacia de la Recomendación, instrumento jurídico de la CECA equivalente a la Directiva CEE.

(59) Sentencia CECA contra Quiebra de ACERÍAS BUSSENI S.p.a., de 22 de febrero de 1990, asunto C-221/88.

(60) Conclusiones al asunto CECA/BUSSENI citadas, apartado 59.º

C. Eficacia horizontal indirecta.

Las Sentencias GEBROEDERS BEENTJES (61) y FRATELLI COSTANZO (62), aun negando la eficacia horizontal de la Directiva invocada, dan lugar a su aplicación de hecho. Suponen la más evidente manifestación y muestra de la insostenibilidad de la negativa a reconocer eficacia horizontal a las Directivas.

152 En ambos casos se trataba de la aplicación, en Holanda e Italia respectivamente, de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Los particulares que dieron nombre a ambas Sentencias impugnaron las decisiones de un órgano administrativo de contratación: una comisión local de concentración parcelaria, dependiente del Ministerio de Agricultura y Pesca de los Países Bajos y el Municipio de Milán, respectivamente. En ambos casos, sus ofertas habían sido rechazadas en base a normas nacionales no conformes con dicha Directiva. El Tribunal estableció la obligación, tanto de las autoridades administrativas, como de los órganos jurisdiccionales, de aplicar las disposiciones de la Directiva y de inaplicar las normas internas. En este sentido, dice literalmente el punto 4.º del fallo de la Sentencia COSTANZO: "Al igual que el Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto".

La decisión –terminante– del Tribunal no parece tener especiales consecuencias en una primera lectura, pues se trataría aparentemente de una relación vertical entre el Órgano de Contratación y la empresa particular concurrente al

(61) Sentencia GEBROEDERS BEENTJES citada.

(62) Sentencia FRATELLI COSTANZO citada.

proceso de contratación administrativa. Sin embargo, los efectos de la aplicación de la norma comunitaria y de la correlativa inaplicación de la norma interna inciden de modo claro e indirecto sobre las demás empresas o particulares concurrentes a la licitación administrativa. Es indiscutible la eficacia horizontal –indirecta– que el TJCE ha atribuido en estas dos Sentencias a las Directivas comunitarias, pues sus efectos –en este caso, potencialmente perjudiciales– recaen de lleno sobre las demás empresas competidoras.

Resulta insostenible, desde un punto de vista técnico-jurídico, la argumentación del Abogado General MISCHO (63), intentando justificar que las dos citadas Sentencias no producirían en realidad efectos sobre terceros particulares: “Los demandantes formulaban una exigencia frente a la Administración y no frente a otros particulares. El hecho de que la aceptación de dicha exigencia haya podido tener consecuencias perjudiciales para otros particulares no significa, sin embargo, que la Directiva se haya aplicado directamente a éstos últimos”.

153

Al contrario de lo anteriormente argumentado, las Sentencias *COSTANZO* y *BEENTJES* suponen dotar a las Directivas de eficacia horizontal, aunque no directa, sí indirecta; no sólo en cuanto a los dos casos respectivamente juzgados, sino también en otros semejantes, en base a la obligación impuesta a todo órgano administrativo o judicial de aplicar las disposiciones de la Directiva y de inaplicar las normas internas contrarias o incompatibles.

D. Principio de Orden Público.

El TJCE considera como cuestión de orden público la protección de los derechos laborales reconocidos a los trabajadores. MARTÍNEZ-MURILLO (64), citando al profesor Jean

(63) Conclusiones al asunto *CECA/BUSSENI* citadas, apartado 58.º

(64) J. J. MARTÍNEZ MURILLO, *op. cit.*, pág. 23.

Victor LOUIS, entiende que las Directivas que desarrollan el principio de igualdad de remuneración por un mismo trabajo entre trabajadores masculinos y femeninos, contenido en el art. 119 del Tratado CEE, deberán tener efecto directo tanto vertical como horizontal. De hecho, las Sentencias D'URSO y DADDY'S DANCE HALL reconocieron ambas expresamente efecto directo horizontal a una Directiva incorrectamente traspuesta en estos casos. Dice la Sentencia DADDY'S DANCE HALL (65): "el fin perseguido por la Directiva 77/187/CEE es garantizar a los trabajadores afectados por una transmisión de empresa el mantenimiento de los derechos que para ellos se derivan del contrato o de la relación de trabajo. Al tratarse de una protección de orden público que, por lo tanto, las partes no pueden desconocer, en virtud del principio de libertad de pactos, las disposiciones de la Directiva; especialmente las relativas a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de transmisión de empresa, deben considerarse imperativas".

El mismo pronunciamiento se contiene en la Sentencia D'URSO (66), en un caso de estricta relación horizontal entre unos trabajadores y su empresa: "Por consiguiente, la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente (de la empresa), ni del cesionario, ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores...."; "las normas de la Directiva son obligatorias para todos, incluidos los representantes sindicales de los trabajadores, que no pueden disponer nada contra ellas por medio de acuerdos celebrados con el cedente o con el cesionario".

Las indicadas Sentencias son un indiscutible exponente de la aplicación jurisprudencial, sin matizaciones, del princi-

(65) Sentencia DADDY'S DANCE HALL, de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, apartado 14.º

(66) Sentencia D'URSO, VENTADORI y OTROS c. ERCOLE MARELLI ELETTROMECCANICA GENERALE S.p.a. y otra, de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89, apartados 11.º *in fine* y 17.º

pio del efecto directo horizontal de las Directivas; especialmente, el caso D'URSO. Si este principio es admitido en tales casos, aun sin atreverse a nombrarlo, no existe razón para no admitirlo en todos los demás por razón de justicia e igualdad.

E. Principio de Interpretación Conforme.

Dice la Sentencia VON COLSON Y KAMMAN (67): "...la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado previsto por ésta, así como las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de sus competencias. De ello se deriva que al aplicar el Derecho Nacional (...), el *Organo Jurisdiccional nacional debe interpretar su Derecho Nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva*, para alcanzar el resultado que pretende el apartado 3 del artículo 189".

155

También el Abogado General LENZ (68): "La obligación de garantizar la eficacia, mediante la interpretación jurídica, del Derecho Comunitario se refiere no sólo a la legislación adoptada para la aplicación de una Directiva, sino al ordenamiento jurídico nacional en su conjunto. También a la Administración pública le incumbe una obligación de observancia de las Directivas, análoga a la que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales".

El Abogado General DARMON (69) va más allá, y recogiendo los pronunciamientos del Tribunal en la Sentencia

(67) Sentencia VON COLSON y KAMMAN, de 10 de abril de 1984, asunto 14/83, apartado 26.º

(68) Conclusiones al asunto FACCINI DORI citadas, apartados 35.º y 36.º

(69) Conclusiones de 17 de noviembre de 1993 al asunto COMITATO DI COORDINAMENTO PER LA DIFESA DELLA CAVA contra REGIÓN DE LOMBARDÍA, asunto C-236/92, apartado 27.º

KOLPINGHUIS (70), recuerda que esta obligación que incumbe a todos los órganos jurisdiccionales nacionales de interpretar su Derecho interno a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, es exigible incluso *aunque el plazo de adaptación de la Directiva aun no hubiese expirado*. Y continúa recordando que el principio de interpretación conforme “no se limita solamente a las acciones dirigidas contra el Estado o contra sus órganos descentralizados”, “lo que ha llevado a una parte de la doctrina a estimar que, en dicho caso, se trata del reconocimiento de un efecto horizontal indirecto”.

La Sentencia MARSHALL (71) exige incluso el desplazamiento jurídico de la norma interna: “Cuando existe una incompatibilidad entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario que no pueda ser evitada con la ayuda de una interpretación como la mencionada, *los Organos Jurisdiccionales nacionales están obligados a declarar inaplicable la disposición del Derecho Nacional que sea incompatible con la directiva*”.

En la misma línea la Sentencia HARZ (72), en un supuesto de discriminación laboral por razón de sexo entre una trabajadora y un empresario particular, exigió también al Juez alemán la interpretación de la ley interna de trasposición a la luz de la Directiva que había sido traspuesta incorrectamente, lo que dio lugar nuevamente en la práctica a una eficacia directa horizontal de ésta.

En la Sentencia DEKKER (73), el Tribunal y el Abogado General DARMON se decantaron claramente por la aplicabilidad y obligatoriedad de la Directiva invocada:

“La posibilidad de invocar (la Directiva) *no sólo es eficaz frente al Estado* y los organismos que directa o indirectamente emanen de la autoridad estatal, ya que la norma

(70) Sentencia KOLPINGHUIS NIJMEGEN, de 8 de octubre de 1987, asunto 80/86, apartado 15.º

(71) Sentencia MARSHALL citada, apartado 41.º

(72) Sentencia HARZ, de 10 de abril de 1984, asunto 79/83.

(73) Sentencia DEKKER, de 8 de noviembre de 1990, asunto 177/88.

jurídica que se aplica sigue siendo la ley nacional, en cierta medida iluminada por *la interpretación ahora conforme al Derecho Comunitario*" (74).

"Un empresario viola directamente el principio de igualdad de trato enunciado en (...) la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (...), si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata que había considerado apta para ejercer la actividad de que se trata, cuando esta negativa de contratación se basa en las eventuales consecuencias, perjudiciales para el empresario, que se seguirían de la contratación de una mujer embarazada".

"...cualquier violación de la prohibición de discriminación basta para generar *por sí sola* la entera responsabilidad de su autor, *sin que puedan tenerse en cuenta las causas de exención previstas por el Derecho nacional*" (75).

Sin embargo, en esta Sentencia DEKKER, por un lado el Tribunal ni se planteó el problema de la eficacia directa a la Directiva, obviándolo como si nunca hubiese existido o dando por supuesta tal eficacia directa. Por otro lado, el Abogado General DARMON, en el apartado 15.º de sus Conclusiones, intenta una insostenible distinción entre la teoría del efecto directo y la teoría de la interpretación conforme. Según esta distinción, la teoría del efecto directo sería aplicable sólo en las relaciones verticales y respecto de normas claras, incondicionales y suficientemente precisas; en cambio, la teoría de la interpretación conforme es aplicable entre cualesquiera partes y respecto de toda norma de la Directiva, fuere cual fuere su posible efecto directo. Todas las premisas de esta distinción son erróneas. Así, es principio básico del TJCE el que sólo pueda ser válidamente invocada una disposición contenida en una Directiva si aquélla es clara, incondicional y suficientemente precisa; si no es clara, está sujeta a condición o existe un margen discrecional y

(74) Conclusiones al asunto DEKKER, de 14 de noviembre de 1989, apartado 12.º

(75) Sentencia DEKKER citada, puntos 1.º y 3.º del Fallo.

soberano de aplicación por los Estados, entonces no puede ser invocada; el Tribunal de Justicia se ha negado reiteradamente, incluso a conocer del fondo del asunto, en aquellos casos en los que la disposición de la Directiva no reunía tales requisitos, bastando la mención de las Sentencias COMMITATO DI COORDINAMENTO PER LA DIFESA DELLA CAVA y VANEETVELD ya citadas, a modo de simples ejemplos. Asimismo, nunca puede decirse que exista una simple "interpretación conforme", cuando en un caso en que la norma interna es contraria a la Directiva, el Tribunal ordena aplicar el tenor de ésta, y no el de aquélla con o sin matices; por ejemplo, Sentencias D'URSO citada o MARLEASING, que seguidamente analizaremos. Por último, la artificial distinción del Abogado General DARMON es un intento más de buscar una justificación externa a la aplicabilidad directa de las Directivas.

158

EL CASO MARLEASING: Sin duda, el supuesto más interesante desde el punto de vista jurídico se contiene en la Sentencia MARLEASING (76), dictada apenas cinco días después de la Sentencia DEKKER. El supuesto de hecho fue el siguiente: la mercantil "Marleasing S.A." interpuso en 1987 demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Oviedo solicitando en primer lugar que se declarara la nulidad por simulación del contrato de sociedad y de la escritura de constitución de la sociedad demandada "La Comercial Internacional de Alimentación S.A." por falta de causa; subsidiariamente, que se declarara la rescisión de los citados contrato de sociedad y escritura de constitución por existir fraude de acreedores; y subsidiariamente, que se declarase la rescisión por fraude de acreedores de la aportación no dineraria hecha a La Comercial en el momento de su constitución por la también mercantil "Barviesa S.A." (quien era originariamente deudora de Marleasing S.A.). Dicha deman-

(76) Sentencia MARLEASING S.A. contra LA COMERCIAL INTERNACIONAL DE ALIMENTACIÓN S.A., de 13 de noviembre de 1990, asunto C-106/89. Conclusiones del Abogado General VAN GERVEN de 12 de julio de 1990.

da se fundamentaba en la alegación de que la deudora Barvies S.A. había constituido la sociedad La Comercial para eludir a sus acreedores, al aportar a la nueva sociedad todo su patrimonio. Por su parte, la demandada La Comercial se opuso a la demanda alegando que el artículo 11 de la Primera Directiva de Sociedades 68/151/CEE del Consejo de 9 de marzo de 1968, enumeraba taxativamente los casos en que podía declararse la nulidad de una sociedad anónima, sin incluir la falta de causa, y solicitó del Juzgado que se elevase una petición de decisión prejudicial al TJCE. Mediante Auto de 13 de marzo de 1989 el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Oviedo planteó al Tribunal si el referido artículo 11 de la Directiva “es directamente aplicable... para impedir la declaración de nulidad de una sociedad anónima fundada en causa distinta de las enumeradas en dicho artículo”.

Habida cuenta de la trascendencia de esta Sentencia, analizaremos separadamente la posición de cada una de las Instituciones que tuvieron intervención procesal en este asunto.

159

a) La Comisión de las Comunidades Europeas, en sus observaciones al Tribunal en relación a este asunto Marleasing, manifestó que (77):

— El artículo 11 citado tiene efecto directo, al ser claro, preciso e incondicional, y haber transcurrido con exceso el plazo de trasposición para el Estado Español.

— Conforme a la Jurisprudencia del TJCE, no puede reconocerse a dicho artículo 11 efecto directo en el procedimiento seguido entre Marleasing S.A. y la Comercial, al tratarse de una relación estrictamente horizontal.

— Ello no obstante, el Derecho de Sociedades Español, en el que existía una laguna legal en cuanto a la regulación de las causas de nulidad suplida por el Código civil, podría ser

(77) Sentencia MARLEASING: Informe para la Vista del Juez Ponente O'Higgins, apartado III.

interpretado a la luz de los principios y reglas del Derecho Comunitario para alcanzar los objetivos del citado artículo 11.

— No se trata de obligar al Juez nacional a escoger una interpretación *contra legem*, “puesto que no existe norma nacional expresamente aplicable” (78).

— “En virtud del principio de primacía del Derecho comunitario deben considerarse excluidas todas las reglas de interpretación que pudieran impedir el resultado querido por los autores de una directiva”.

Lo cierto es que este razonamiento de la Comisión supone en la práctica acoger —sin nombrarla— la teoría del efecto directo horizontal, haciendo primar a la norma comunitaria sobre normas internas radicalmente contrarias, tanto normas interpretativas (artículo 50 del Código de Comercio Español, Jurisprudencia, etc.), como normas sustantivas (artículos 1.261 y 1.275 del Código civil español). Como señalan entre otros GALMONT y BONICHOT (79), la obligación de interpretación conforme con una Directiva surge siempre y se aplica solamente cuando *cabe interpretar en alguna medida la disposición legal nacional*. Posibilidad de interpretación que no se da en este caso.

160

b) El Abogado General VAN GERVEN (80) basó sus Conclusiones en este asunto Marleasing en los puntos siguientes:

— Se trata de una relación claramente horizontal (apartado 7.º).

— El artículo 11 de la Directiva no tiene efecto directo entre particulares (apartado 20.º).

(78) Probablemente la Comisión de las Comunidades Europeas no tuvo en cuenta la existencia en el Derecho Español del artículo 50 del Código de Comercio, a cuyo tenor: “Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común”.

(79) Y. GALMONT y J. C. BONICHOT: “La Cour de Justice des Communautés Européennes et la transposition des directives en Droit National”, *Revue française de Droit Administratif*, 1988, págs. 1 y ss.

(80) Conclusiones al asunto Marleasing de 12 de julio de 1990 citadas.

— El Juez nacional, tomando en consideración los métodos de interpretación habituales en su sistema jurídico, deberá dar prioridad a aquel método que le permita dar a la correspondiente disposición de Derecho nacional un significado que sea conforme con la Directiva (apartado 8.º).

— La Directiva de que se trata, por formar parte del Derecho comunitario, en principio prevalece sobre todas las disposiciones del Derecho nacional (apartado 9.º).

No obstante, esta afirmación sólo puede hacerse si se reconoce el efecto directo horizontal de las Directivas.

— El Juez nacional está obligado a interpretar su Derecho nacional de sociedades de conformidad con la Directiva, *cuando aquél pueda ser objeto de interpretaciones diferentes*. Este parece ser el caso cuando, en materia de nulidad de sociedades (anónimas), se aplican por analogía principios generales del Derecho de obligaciones y contratos, porque, por un lado, semejantes principios generales pueden ser objeto de interpretación y, por otro lado, la *remisión por analogía* no es más que uno de los posibles métodos de interpretación.

161

Sin embargo, no existía en este caso remisión por analogía, sino remisión legal por virtud del artículo 50 del Código de Comercio (81). Es decir, no existía en este caso un mero problema interpretativo, sino una disyuntiva entre la aplicación de normas legales internas o su desplazamiento por el efecto directo horizontal de la norma comunitaria.

c) Por su parte, el Tribunal de Justicia estableció los siguientes pronunciamientos:

— Se trata de una relación horizontal, en un litigio entre particulares (apartado 6.º).

— Al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el Órgano Jurisdic-

(81) El artículo 4-1.º del Código civil español establece que “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

cional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva (apartado 8.º).

—Lo anterior *impide interpretar* las disposiciones del Derecho nacional *de manera tal que pueda declararse la nulidad de una sociedad anónima* por motivos distintos de los que se enumeran taxativamente en el artículo 11 de la Directiva citada (apartado 9.º).

—El Juez nacional (...) *está obligado* a interpretar su Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva, con el fin de impedir que se declare la nulidad de una sociedad anónima por causa distinta de las enumeradas en su artículo 11” (Fallo de la Sentencia).

d) Del análisis de esta Sentencia MARLEASING pueden extraerse las siguientes conclusiones básicas:

162 1. Se trata de una clara relación horizontal. MANGAS (82) entiende que existe una relación vertical, entre La Comercial y el Juez español, por cuanto aquélla estaría “reclamando al Estado que cumpla con su obligación de aceptar la constitución” de dicha sociedad. Pero no existe relación vertical; la intervención del Organo Jurisdiccional no transforma la naturaleza de la relación entre Marleasing y La Comercial, pues en otro caso siempre que el conflicto alcanzara la vía judicial la relación tendría que ser catalogada como vertical: el demandante en cualquier proceso siempre pide al Juez un pronunciamiento. Además, La Comercial no es demandante, sino demandada; no pide ninguna declaración judicial, sino la desestimación de las pretensiones de la actora. Por último, La Comisión, el Juez Ponente, el Abogado General y el Tribunal afirman unánimemente que la relación es horizontal.

2. En el asunto MARLEASING no se trataba simplemente de un mero problema interpretativo, pues —al mismo tiempo—

(82) MANGAS MARTÍN, Araceli; *op. cit.*, pág. 85.

era necesario desplazar e inaplicar normas internas contrarias al Derecho comunitario y no interpretables. Lo cierto es que la única explicación jurídica a este desplazamiento se halla en el principio de primacía del Derecho Comunitario, principio que sólo puede entrar en juego si previamente se admite la eficacia directa de la norma.

Es decir, sólo si la disposición comunitaria tiene efecto directo puede empezarse a discutir sobre su rango aplicativo o primacía.

e) La influencia de esta Sentencia comunitaria en la decisión del Juez Español demuestra cómo el principio de interpretación conforme tiene como único resultado práctico el de la aplicación directa de la directiva invocada. El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Oviedo dictó Sentencia de fecha 23 de febrero de 1991, con los siguientes pronunciamientos (83):

1. El primer punto del “petitum” de la demanda de Marleasing S.A. pretendía la declaración de nulidad del contrato de sociedad por el que se constituyó la mercantil “La Comercial Internacional de Alimentación, S.A.” por falta de causa. El Juzgado desestimó esta pretensión, distinguiendo entre relaciones civiles y mercantiles y entendiendo no aplicable el Código civil para suplir las lagunas de la Ley de Sociedades Anónimas, todo ello en base a la doctrina del TJCE.

Obsérvese cómo el Juez Español sí se ve obligado a plantear la aplicación supletoria, y busca un argumento de Derecho interno para alcanzar el resultado impuesto por el TJCE.

2. La segunda petición de la demanda pretendía subsidiariamente la rescisión del contrato de sociedad, por el que se constituyó La Comercial, por haberse realizado en fraude de acreedores. El Juez Español tampoco puede acoger esta

(83) AZPARREN LUCAS, Agustín: “La cuestión prejudicial «Marleasing». Efecto horizontal de las directivas”; *Poder Judicial*, n.º 21, marzo 1991; págs. 83 a 92.

petición, al entender que hubiera sido una forma indirecta de obtener los mismos resultados que con la acción de nulidad.

3. Por último, la actora Marleasing había solicitado subsidiariamente que se declarase la rescisión de la aportación no dineraria hecha por Barviesa S.A. a La Comercial, por existir fraude de acreedores. El Juez estimó esta tercera acción, por entender que no afectaba a la Directiva 68/151/CEE, sino sólo a la aportación de uno de los socios constituyentes.

El triple petitum contenido en la demanda de Marleasing S.A. permitió al Juez nacional conciliar la aplicación del Derecho Comunitario por un lado y el principio de justicia por otro.

5. Conclusión

164

En definitiva, el TJCE viene aplicando de hecho, por cualquiera de las vías indirectas antes estudiadas y en numerosas Sentencias, la doctrina del efecto directo horizontal, al mismo tiempo que niega o silencia la admisión definitiva de esta doctrina jurídica. Tal contradicción genera lógicamente inseguridad y discriminaciones de difícil solución práctica. Sería deseable un cambio de actitud, que sólo debe ser formal, pues la sustancia e incluso los argumentos de la doctrina del efecto directo horizontal se encuentran ya en la Jurisprudencia comunitaria.

A) La actual Jurisprudencia Comunitaria ha dado lugar a una situación de evidente inseguridad jurídica, que transciende a las Jurisprudencias internas, pues, al no estar admitido claramente el efecto directo de las Directivas comunitarias en las relaciones horizontales, la resolución de cada caso dependerá en gran medida de la opinión del juzgador o de su voluntad de elevar una decisión perjudicial al Tribunal Europeo.

A modo de ejemplo, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1994 (84), Sala 3.^a (Aranzadi 7558), en cuyo fundamento jurídico tercero se afirma: "... si bien es cierto que los particulares tienen derecho a hacer controlar por el Juez nacional las normas internas aprobadas por el Gobierno para desarrollar las directivas comunitarias, ese control tiene en el ordenamiento español el límite impuesto por el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, que las normas internas dictadas para desarrollo de la directiva tengan rango inferior a ley, *ya que en otro caso los Tribunales Españoles no pueden ejercer el control de adecuación de las leyes con las directivas que desarrollen o introduzcan*". Esta Sentencia supone negar los principios de primacía y de efecto directo del Derecho Comunitario.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 (Aranzadi 6752), la cual tiene importantes paralelismos con el caso Marleasing estudiado, pues la sociedad actora había solicitado la declaración de nulidad de la denominación social de la sociedad demandada, por ser las denominaciones de ambas idénticas. En fase de casación, la demandada y recurrente pretendió introducir —como cuestión jurídica nueva— la posible aplicabilidad directa por vía de interpretación conforme, del artículo 11 de la Primera Directiva de Sociedades, fechada el 9 de marzo de 1968, alegando que la declaración de nulidad de la denominación social implicaría la nulidad de la sociedad por una causa no recogida en dicho artículo 11. El Tribunal Supremo, tras afirmar que "*las directivas carecen de efecto directo*", hace suyo el razonamiento de la Audiencia Provincial señalando que "no se ve qué inconveniente haya de existir en cancelar la inscripción de la denominación social que ha resulta-

(84) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1994 (Aranzadi 7558). Esta Sentencia es idéntica a las siguientes del mismo Tribunal: 23, 26, 28 y 29 de noviembre de 1990 y 5 de junio de 1992. Para un más profundo comentario respecto de las mismas véase: RON MARTÍN, Fernando: *R.G.D.*, *op. cit.*, págs. 2847 a 2864.

do ser nula por contravenir los preceptos de la legislación de sociedades antes citados. Si ello acarrea la nulidad del resto de la inscripción o si la demandada, en evitación de la total nulidad de la inscripción, opta por alterar su denominación social para adoptar otra ajustada a derecho no coincidente con otra preexistente, son cuestiones ajenas a este pleito”.

También, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de noviembre de 1992 (85), que dio lugar a la aplicación retroactiva del art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 para extender el ámbito de representación del órgano de administración, invocando a tal efecto la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, sobre todo, su Sentencia Marleasing la cual “sostiene que la jurisprudencia nacional está obligada a interpretar sus disposiciones nacionales, ya anteriores, ya posteriores a la directiva, en medida de lo posible, adaptadas al texto y finalidad” de la propia Directiva.

Resulta asimismo muy interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de marzo de 1995 (86). La actora había solicitado la declaración de nulidad de un contrato de multipropiedad celebrado con una empresa inmobiliaria y la devolución de las cantidades entregadas al efecto. La demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en apelación: “considerándose aplicable al caso, *VÍA DE PRINCIPIOS GENERALES*, la normativa aun no traspuesta a nuestro derecho positivo contenida en las Directivas CEE 93/13 de 5 de abril, sobre Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la más reciente Directiva 94/47 de 26 de octubre de Protección de los

(85) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de noviembre de 1992, Sección 15.ª, Ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos; en *Revista General del Derecho*, n.º 585, junio 1993, págs. 6354 a 6360.

(86) Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de marzo de 1995, Sección 14.ª, Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Sánchez Plaza.

adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, en los que, sobre abundarse en la necesaria sencillez, claridad y precisión del contenido contractual, viene a regularse detenidamente el derecho de resolución de los adquirentes, a incluir en los documentos contractuales y la necesaria información al respecto, principios ya recogidos en los Proyectos legislativos internos elaborados por el Ministerio de Justicia...”.

Esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid es paradigmática porque aplica las disposiciones de sendas Directivas aun antes de haber transcurrido el plazo para su trasposición, cuando todavía no tendrían efecto directo. Como anteriormente se indicaba, ya la Sentencia KOLPINGHUIS (87) y el Abogado General DARMON (88) han afirmado que la obligación de “interpretación conforme” existe aun cuando el plazo de adaptación de la Directiva aun no hubiese expirado. El fallo de la Sentencia KOLPINGHUIS dice, al resolver la cuestión tercera, que “al aplicar su legislación nacional, el órgano jurisdiccional de un Estado miembro está obligado a interpretarla a la luz del texto y del fin de la directiva, para alcanzar el resultado contemplado por el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado...”; y, que “las soluciones apuntadas en las respuestas anteriores no serían distintas si el plazo concedido al Estado miembro para adecuar su legislación no hubiera expirado”. Doctrinalmente pudiera ser discutible esta extensión temporal de la eficacia de las Directivas, pero en todo caso parece pretender alcanzar la máxima uniformidad y eficacia en la aplicación del Derecho Comunitario.

B) La admisión definitiva del efecto directo de las Directivas, tanto en las relaciones verticales como horizontales,

(87) Sentencia KOLPINGHUIS citada, apartado 15.º

(88) Conclusiones al asunto COMITATO DI COORDINAMENTO citadas, apartado 27.º *in fine*.

pondría fin a toda inseguridad jurídica, y, además, no entrañaría perjuicios. Incluso, en el ámbito del Derecho de la competencia, clave para la construcción del Mercado Único, no existe otro modo de asegurar el respeto por los particulares de las normas comunitarias no traspuestas en plazo; en los mismos términos se pronuncia el Abogado General VAN GERVEN (89): “...en un ámbito como el del Derecho de la competencia, numerosos argumentos militan porque, con base en el Derecho Comunitario, las empresas puedan obtener la compensación del daño que sufran como consecuencia del incumplimiento, por parte de otras empresas, de las obligaciones que les incumben con arreglo al Derecho comunitario (...) En primer lugar, *la concesión de tal derecho a indemnización de daños y perjuicios constituye la conclusión lógica del efecto directo horizontal de las referidas normas*: en efecto, las sentencias Simmenthal y Factortame-I no aportan solución en caso de que un Juez nacional se halle, no ante una disposición legal o reglamentaria nacional cuya aplicación puede eludir, sino ante *una situación de Derecho privado, en la que una o varias empresas infringen una norma sobre la competencia y de este modo causan un daño a un tercero*. La única manera eficaz de que el órgano jurisdiccional nacional pueda, en tales circunstancias, garantizar plenamente el respeto de las disposiciones con efecto directo de Derecho comunitario que hayan sido infringidas consiste en reestablecer mediante la indemnización de daños y perjuicios los derechos de la parte perjudicada”. A su vez, la empresa incumplidora del Derecho comunitario y obligada a indemnizar los daños ocasionados a los terceros, podría reclamar del Estado incumplidor de la obligación de trasposición la indemnización de los perjuicios sufridos; pero sólo después de haber sido asegurada la uniforme aplicación del Derecho.

(89) Conclusiones al asunto BANKS citadas, apartado 44.º

Actualmente tiene afirmado el Tribunal en su Sentencia FRANCOVICH (90) que todo Estado miembro está obligado a reparar los daños que resulten para los particulares de la no adaptación del Derecho nacional a una Directiva, bastando para el surgimiento de esta responsabilidad y de la obligación de indemnización tres requisitos (apartado 40.º):

- Que la Directiva atribuya derechos a los particulares.
- Que el contenido de estos derechos sea identificable según las disposiciones de la Directiva.

- Que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

En relación con lo anterior, la Sentencia FACCINI DORI (91) aclara que para el caso en el que el resultado prescrito por la Directiva no pudiera ser conseguido por vía de interpretación, conviene recordar que, según la Sentencia Francovich, el Derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños que se causen en los particulares por razón de la falta de trasposición de una Directiva.

169

También puede ser citada la Sentencia WAGNER MIRET (92), aun cuando no se refiera a una relación horizontal: “En el caso en el que el Derecho nacional, incluso interpretado a la luz de dicha directiva, no permita asegurar al personal directivo el beneficio de las garantías que ésta prevé, el personal de dirección tiene el derecho de solicitar reparación al Estado miembro concernido de los perjuicios sufridos por el hecho de la inejecución de la directiva”.

Si, por fin, el Tribunal de Justicia reconociese el efecto directo horizontal, la doctrina contenida en las Sentencias Francovich y Faccini Dori seguiría siendo perfectamente vá-

(90) Sentencia FRANCOVICH, BONIFACI y OTROS contra REPÚBLICA ITALIANA, de 19 de noviembre de 1991; asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

(91) Sentencia FACCINI DORI citada, apartado 27.º

(92) Sentencia TEODORO WAGNER MIRET contra FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, de 16 de diciembre de 1993, asunto C-334/92.

lida: la norma comunitaria sería aplicada con eficacia directa en las relaciones horizontales. En tal caso, el particular perjudicado por la inactividad del Estado, el particular que no adaptó o no pudo adaptar su conducta al Derecho Comunitario, tendría derecho a ser indemnizado por el Estado incumplidor de cuantos perjuicios se le ocasionaren. De este modo, la responsabilidad del Estado, uno de los objetivos constantes en la Jurisprudencia del Tribunal para evitar la proliferación de conductas incumplidoras, quedaría incólume, siempre que concurriesen los tres requisitos establecidos en el caso Francovich. Y la igualdad en la aplicación del Derecho, la plena eficacia de la norma comunitaria y su primacía, objetivos asimismo básicos, quedarían salvaguardados y asegurados.

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL *

M.^a CRISTINA SANTAOLALLA LÓPEZ

*Subdirectora General del Notariado y de los Registros
de la Propiedad y Mercantiles*

171

SUMARIO: 0. INTRODUCCIÓN. I. GÉNESIS DE LA SOCIEDAD UNIPERSONAL. 1. Origen y finalidad. 2. Otras alternativas a la Sociedad Unipersonal. 3. Ventajas de la Sociedad Unipersonal. II. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. Situación anterior a la Ley de SRL de 23/3/95. 1.1. *Legislación.* 1.2. *Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.* 2. La Sociedad Unipersonal en la Ley de 23 de marzo de 1995. 2.0. *Introducción.* 2.1. *Clases (art. 125).* A. *Problemas en la constitución de la Sociedad Unipersonal.* 1. *El cambio automático de plu-*

* Texto corregido y ampliado de la conferencia pronunciada en las Jornadas sobre "La Nueva Regulación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada" celebradas en Madrid el día 26 de mayo de 1995 organizadas por el Instituto de Investigación y Desarrollo Empresarial Carlos V en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

ripersonal a unipersonal. 2. Número de participaciones. 3. Aportaciones. 4. Copropiedad. B. Autocartera y Grupos de Sociedades. 2.2. Publicidad de la unipersonalidad (art. 126). A. Denominación. B. Constancia en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil. 1. Plazo para la inscripción. 2. Forma. 3. Responsable. 4. Efectos de la inscripción. 2.3. Decisiones del socio único. Junta General (art. 127). A. La existencia de la Junta General de un único socio. B. Derecho de representación. C. Conflicto de intereses. D. Acta de la Junta. 2.4. Contratación del socio único con la Sociedad Unipersonal (art. 128). A. El órgano de Administración. B. Autocontratación. C. Publicidad. D. Peligros y régimen sancionador. 2.5. Efectos de la unipersonalidad sobrevenida (art. 129). 2.6. Disposición Transitoria 8.^a

0. Introducción

La nueva Ley de SRL de 23 de marzo de 1995 (BOE 24 de marzo 1995) dedica su último capítulo (capítulo XI) a regular un tema que como indica su Exposición de Motivos es uno de los aspectos más delicados de la reforma, y es la Sociedad Unipersonal.

Esta regulación de la sociedad unipersonal en nuestro ordenamiento jurídico, viene a dar cumplimiento al mandato contenido en la 12.^a Directiva de la CEE de 21 de diciembre de 1989 en materia de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único.

La sociedad unipersonal o sociedad de socio único, es aquélla en la que se han concentrado (bien desde el inicio, bien con posterioridad) en un solo titular la totalidad de las acciones o participaciones que componen el capital social, y su aparición y regulación ha sido un tema muy controverti-

do tanto en su formulación interna en los Ordenamientos de los distintos Estados miembros de la CEE (UE), como en el logro de la armonización de sus distintas legislaciones por las divergencias que presentaban las mismas.

El mayor obstáculo para la aceptación de la sociedad unipersonal o de un único socio ha sido el frontal ataque que su admisión representa al concepto mismo de Sociedad.

La denominación “sociedad unipersonal” encierra ya de por sí una manifiesta contradicción (“*contradictio in terminis*”), ya que el término sociedad significa “agrupación”, “reunión”, y carece totalmente de sentido la agrupación o reunión de una persona consigo misma.

Pero si esto sucede en el ámbito gramatical, lo mismo sucede en el ámbito jurídico, pues el contrato de sociedad exige la existencia de dos o más socios (arts. 1.665 Código civil y 116 Código de Comercio).

Asimismo, esta nueva figura también incumple el requisito de que para que la sociedad sea calificada como contrato ha de existir contraposición de intereses (en la valoración de aportaciones, distribución de pérdidas y ganancias, etc.). El aspecto corporativo de una sociedad exige una pluralidad de socios para el normal desarrollo de sus relaciones internas que aparecerán muy dificultadas, si no de imposible cumplimiento, al quedar destruida la natural oposición entre el interés de la sociedad y el interés particular del único socio (Resoluciones DGRN 13 y 14 de noviembre de 1985).

De otra parte, la situación de unipersonalidad llevaría al reconocimiento extralegal de patrimonios separados, y la consiguiente limitación de responsabilidad de la persona individual, en contra del principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1.911 del Código civil (C.c.).

Ante esta difícil figura que viene a distorsionar la figura del contrato de sociedad (“*contradictio in substantia*”) e incluso del mismo contrato (art. 1.254 C.c.) y el principio de responsabilidad patrimonial universal de la persona indivi-

dual, cabe preguntarse por qué nace esta figura, qué fin persigue, si no cabría haber buscado otra figura menos distorsionadora de conceptos clásicos, y cómo se va a adaptar en su funcionamiento a las reglas generales de funcionamiento de una sociedad normal o pluripersonal.

I. Génesis de la Sociedad Unipersonal

1. Origen y finalidad.

La sociedad unipersonal viene fundamentalmente a dar respuesta a un viejo anhelo del empresario individual de limitar su responsabilidad. Así lo apunta la 12.^a Directiva de la CEE que señala que “conviene prever la creación de un instrumento jurídico que permita limitar la responsabilidad del empresario individual en toda la Comunidad”.

174

La aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el artículo 1.911 del Código civil, por el que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, impide al empresario individual separar y aislar los bienes que corresponden a su actividad empresarial de sus propios bienes, corriendo por tanto el riesgo de perder todos sus bienes en cualquier empresa o negocio que acometa.

La preocupación doctrinal sobre el tema es constante desde que el austriaco Pisko publicó la primera aportación científica sobre la materia en 1870. La construcción se basa en la creación de una nueva forma de empresa, la de responsabilidad limitada a través de la técnica de la separación de patrimonios o creación de un patrimonio especial con fin comercial. La propuesta de Pisko tuvo acogida y las primeras manifestaciones de esta figura aparecen en el año 1926 en Liechtenstein donde coexisten la limitación de responsabilidad a través de un patrimonio separado y la Sociedad Unipersonal.

Pero esta nueva normativa, como señala SÁNCHEZ RUS, no encontró eco en las restantes legislaciones europeas y las primeras referencias a la unipersonalidad no aparecen en los textos legales hasta mediados de siglo, y están presididas por la idea de que el que un socio posea la totalidad de las acciones o participaciones de una sociedad es una situación anómala a la que debe ponerse término.

¿Qué impulsos fueron los determinantes de la aceptación de la figura en las distintas legislaciones?

Creo que puede afirmarse que ha sido la realidad práctica la que ha arrancado a los juristas la búsqueda de una solución *adecuada* a ese viejo anhelo de los empresarios individuales, y los juristas han ido gradualmente aceptando el posible reconocimiento de esta figura, mientras iban revisando la fundamentación jurídico-dogmática de las sociedades de capital, así como se iban buscando los mecanismos necesarios para la protección de terceros, y considerando las ventajas que en la economía esta figura podía aportar.

La realidad va haciendo surgir las distintas clases de sociedades unipersonales, que bien pueden ser originarias o sobrevenidas.

Sociedades Unipersonales Originarias:

Dentro de las cuales cabe distinguir:

1.º) Aquellas sociedades en que aunque formalmente la sociedad es pluripersonal, en la realidad la práctica totalidad de las acciones o participaciones están en mano de un solo socio, siendo los demás meros socios de favor o testafierros, y siendo por tanto materialmente un empresario individual.

2.º) Las sociedades de capital que tratan de formar grupos de empresas filiales, sin injerencias de socios extraños.

3.º) El Estado y otras entidades públicas que intervienen en la vida económica a través de sociedades capitalistas, y que no precisan la búsqueda de más socios.

Sociedades Unipersonales Sobrevenidas:

Que a su vez pueden clasificarse en:

— Involuntarias o coyunturales, son aquellas que por azar, las acciones o participaciones de una Sociedad se concentran en una sola mano, pero que puede que el socio único no quiera esta situación como definitiva.

— Las voluntarias como son “la sociedad preordenada a un solo socio” que es aquella en que antes de su constitución los socios fundadores ya han acordado concentrar, mediante su posterior transmisión a un solo socio, todas las acciones o participaciones.

Por tanto son tres las categorías de sujetos interesados en la figura de la sociedad unipersonal:

— El empresario individual.

— Los Grupos de Sociedades.

— El Estado y otros entes públicos.

176

2. Otras alternativas a la Sociedad Unipersonal.

La aceptación de la responsabilidad limitada para el empresario individual lleva a la búsqueda de una técnica jurídica que permita la separación efectiva de las masas patrimoniales que corresponden a un mismo sujeto.

Las dos vías posibles son:

— La aceptación de la *empresa individual de responsabilidad limitada* mediante el concepto de patrimonio separado o patrimonio de afectación a un fin comercial, por lo que el empresario sería titular de dos patrimonios, uno de los cuales el comercial, responde solamente hasta un límite determinado.

— La aceptación de la sociedad unipersonal.

La primera de estas vías no ha tenido apenas aceptación en los estados europeos, y sólo Portugal la ha adoptado. La 12.^a Directiva en su art. 7.^o permite la posibilidad de constituir empresas de responsabilidad limitada al patrimonio afecto a una determinada actividad, si bien se exige unas

garantías equivalentes a las impuestas para la sociedad unipersonal.

La empresa individual de responsabilidad limitada, se ha encontrado con la dificultad de limitar y regular el funcionamiento del patrimonio personal y el comercial. Es por ello, que la mayor parte de los países y la 12.^a Directiva han elegido el camino de la sociedad unipersonal.

3. Ventajas de la Sociedad Unipersonal.

Las ventajas de la sociedad unipersonal como han señalado varios autores se concretan:

1.º) Que la sociedad de un socio único puede aprovechar toda la estructura organizativa de la sociedad, adecuando únicamente aquellas facetas que por su peculiaridad lo exijan.

2.º) Porque en la realidad existen ya numerosas sociedades unipersonales que funcionan como tales.

Además como señala la Resolución DGRN 21-6-90 la sociedad unipersonal facilita la conservación de la empresa más allá de la vida del socio único y simplifica el proceso hereditario; permite autonomizar jurídicamente unidades empresariales facilitando así su transmisión (la cesión de acciones o participaciones es un medio muy ágil para transmitir el negocio, dar entrada a nuevos socios o repartir el patrimonio de la empresa entre los herederos), permite al pequeño empresario concurrir al mercado en igualdad de condiciones, sin que ello resulte perjudicial para terceros, y ofrece la posibilidad de reorganizar las empresas en el seno de grupo de sociedades.

Este tipo de sociedades se consideran como motores de la actividad o desarrollo económico al fomentar el nacimiento de pequeñas o medianas empresas bajo la perspectiva de una responsabilidad limitada, por ello la mayoría de los países la han aceptado en sus legislaciones, si bien conociendo el riesgo que para terceros puede comportar se adoptan medidas de protección.

II. La Sociedad Unipersonal en el Derecho español

1. Situación anterior a la Ley 23/3/95 de SRL.

1.1. *Legislación.*

En España el tratamiento de la sociedad unipersonal ha sido obra fundamentalmente de la doctrina y de la jurisprudencia ante la orfandad de regulación.

La LSA de 1951 no admitió la sociedad originariamente unipersonal, salvo en el caso de sociedades constituidas por organismos estatales, provinciales o municipales, ya que en los demás casos se exigía un número de tres socios fundadores como mínimo (art. 10). También la LSRL de 1953 exigía la pluralidad de socios en sus artículos 1.2 y 7.1.

178 Las sociedades devenidas unipersonales no fueron contempladas en la Ley de 1951, a pesar de que en ese momento existían ya antecedentes en algunos Derechos europeos.

No se configuró la concentración de todo el capital social en una sola mano, o su reducción por debajo del mínimo legal requerido para la constitución como causa de disolución, y así no figuró en los supuestos del art. 150 de la LSA, como tampoco figuró posteriormente en el art. 30 de la LSRL de 1953.

Si bien en el texto legal el legislador no reguló la sociedad unipersonal, en la Exposición de Motivos de la Ley de 1951 reconoció:

1.º) La existencia en la realidad jurídica de sociedades anónimas devenidas unipersonales, y aquellas otras que eludían esta situación mediante la interposición de testaferros (socios de favor).

2.º) Que en los supuestos de “reunión de acciones en una sola mano... no debe producirse la inmediata disolución de la sociedad, por lo menos mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca, restableciéndose la pluralidad de socios”.

Por lo que la unipersonalidad se consideró por el legislador como *una situación anómala y transitoria*, pero no se fijó plazo para reconstituir la sociedad, ni se estableció un régimen especial de responsabilidad del socio único en esta situación.

La reforma de la legislación mercantil operada en España a raíz de la Ley 25 de julio de 1989, Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989 y Reglamento del Registro Mercantil de 29 de diciembre de 1989.

Esta reforma que supuso la adaptación de nuestra legislación mercantil a las Directivas comunitarias no alteró la situación jurídica existente de la sociedad unipersonal.

De una parte, en cuanto a *la sociedad unipersonal originaria* sostuvo que el número mínimo de fundadores (art. 14.1 LSA) habría de ser tres, salvo que se tratara de sociedades constituidas por el Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales, o por Organismos o entidades de ellos dependientes.

179

Respecto a *la sociedad devenida unipersonal* no constituye causa de disolución (art. 260 LSA) la reunión de todas las acciones en una sola mano, ni la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal. La Exposición de Motivos en este caso guardó absoluto silencio sobre la sociedad unipersonal.

Puede justificarse la no regulación de esta figura por la nueva Ley, por la coincidencia de la elaboración de este texto legal con el de la 12.^a Directiva en materia de Derecho de sociedades, relativa a las SRL de socio único (de fecha 21 de diciembre de 1989 publicada en el DOCE de 30 de diciembre de 1989), y porque además la Directiva iba a abordar la problemática de la sociedad unipersonal desde la perspectiva de la SRL, dado que esta Directiva se presentó en el marco del programa de acción de "Pequeñas y Medianas Empresas" (PYME).

Por ello el legislador de 1989, sin duda, resolvió esperar a la futura Ley de SRL para abordar de una forma com-

pleta y definitiva la regulación de las sociedades unipersonales, evitando por tanto hacer declaraciones sobre una materia que a nivel de la CEE se estaba en esos momentos terminando de perfilar y armonizar.

1.2. *La Doctrina de la DGRN sobre la Sociedad Unipersonal.*

La doctrina de la DGRN resolviendo cuestiones suscitadas por las sociedades devenidas unipersonales ha sido de gran relevancia, considerando sobre todo la parquedad legislativa que sobre esta figura ha tenido nuestro país.

La Doctrina de la DGRN puede dividirse en cuatro etapas:

1.ª Etapa. Anterior a la Ley de S.A. de 1951

180 *2.ª Etapa.* Que comprende desde la entrada en vigor de la Ley de 1951 hasta la Resolución de la DGRN de 21 de junio de 1990

3.ª Etapa. Que comienza con la Resolución de 21 de junio de 1990 y termina con la nueva Ley de SRL de 23 de marzo de 1995.

4.ª Etapa. Que comienza el día 1 de junio de 1995, fecha de entrada en vigor de la nueva Ley.

1.ª Etapa: La primera etapa se corresponde fundamentalmente con la Resolución de 11 de abril de 1945.

Esta Resolución marcó un hito importante en el tratamiento de la Sociedad Unipersonal, ya que frente a la sentencia del Tribunal Supremo de 1891 en que incidentalmente se expresa que no puede existir sociedad alguna de un solo individuo (aunque el asunto en cuestión se refería a sociedades colectivas) la DGRN resolvió lo siguiente:

“Que la reunión en una sola mano de todas las acciones de una sociedad no provoca su disolución porque el artículo 121 del Código de Comercio no incluye este supuesto como causa que lleva aparejada la disolución”.

Esta Resolución cita entre las causas que no aconsejan el que se produzca la disolución de la sociedad porque devenga unipersonal, es porque puede considerarse una situación transitoria y excepcional, y así dice:

“y la posibilidad de restablecer el equilibrio social transitoria o excepcionalmente alterado en el caso de que parte de las acciones volvieran a la circulación”.

Remite a los Tribunales de Justicia en caso de que prevaleciéndose de la laguna legislativa el socio único cometiera abusos de derecho.

Son varios los autores que sostienen que sin duda esta Resolución influyó en la redacción de la Ley de 1951.

La Resolución de 1945 puso de manifiesto, en primer lugar una realidad existente, es decir una creciente difusión en muchos países de este tipo de sociedades (*one man's company*), acerca de las cuales “con criterio favorable o desfavorable se va elaborando una interesante doctrina” e incluso apuntaba los distintos criterios u orientaciones en los diferentes países, y señaló que en nuestro Derecho existía en este ámbito una laguna legal:

— “Sin perjuicio de que si el único titular *prevaleciéndose de la laguna legislativa*”.

— “...que a pesar del *actual silencio* de nuestro ordenamiento legal”.

— “Examinados el derecho científico, las legislaciones extranjeras y la respectiva jurisprudencia, que tanto contribuye a poner de manifiesto la realidad jurídica, a provocar la reforma de las leyes y a *suplir sus deficiencias*”.

Sin embargo ni el legislador de 1951, como tampoco el de 1953 se hicieron eco de estas manifestaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado para abordar una regulación legal de la sociedad unipersonal, estableciendo un régimen jurídico de medidas concretas de la sociedad devenida unipersonal.

2.^a *Etapas*: La 2.^a etapa comprende el período que va desde la Ley de 1951 (La Ley de SRL de 1953 no modificó en absoluto la situación existente) hasta la Resolución de 21 de junio de 1990.

1.º) La DGRN se ciñe a los criterios puestos de manifiesto por el legislador de 1951 en su Exposición de Motivos, no considerando causa de nulidad la concentración en una sola mano de todas las acciones o participaciones, si bien se considera que tal situación es anómala y transitoria por naturaleza.

Es por ello que en su Resolución de 13 de noviembre de 1985, en el caso de una ampliación de capital social de una SA en que el socio único, titular de todas las acciones, suscribe íntegramente todas las nuevas acciones, deniega su inscripción por considerar que se está perpetuando una situación existente.

182 Mientras que en la Resolución de 7 de julio de 1980 en el caso de una SRL en la que un socio transmite al otro socio de la Sociedad todas sus participaciones sociales, sí consideró inscribible la escritura de transmisión, pues esta situación sí podría tener un carácter transitorio, por lo que se procedería a su calificación según las circunstancias del caso.

2.º) La Doctrina de la DGRN puso de manifiesto en esta etapa lo siguiente:

a) Que la Ley no fijó plazo determinado para esta situación transitoria (Res. de 22 de noviembre de 1957, 7 de julio 1980, 13 y 14 noviembre de 1985)

b) Que no se regula la situación durante el período de transitoriedad (Res. 7 de julio de 1980).

“Se plantea en nuestro Derecho el determinar la situación en que se halla durante el período de transitoriedad la Sociedad que se encuentra en estas circunstancias, y que afectan especialmente en su aspecto corporativo y de funcionamiento interno, así como a la responsabilidad patrimonial del que aparece como socio único”.

c) Que el único control existente corresponde a los límites del abuso del derecho y respeto a la buena fe (Reso-

lución 22 de noviembre de 1957 y 13 de noviembre de 1985), y una vez traspasados estos límites corresponderá a la autoridad judicial decidir en cada caso concreto (Resolución 7 de julio de 1980).

3.^a *Etapas*: La Resolución de 21 de junio de 1990.

Esta Resolución supone un cambio radical en la Doctrina de la DGRN revisando la doctrina anterior y en especial la contenida en las Resoluciones de 13 y 14 de noviembre de 1985.

Esta Resolución se dicta cuando ya ha sido aprobada la 12.^a Directiva, siendo España uno de los países vinculados a ella, y trata ya de sentar la base jurídico-dogmático de la figura de la sociedad unipersonal, ya que como afirma la propia Resolución:

“la bondad de esta solución ha quedado confirmada en tiempos recientes cuando los legisladores de países (europeos) han decidido trasladarla a los textos positivos. El último eslabón de este *proceso imparable*, nos lo ofrece la 12.^a Directiva de la CEE”.

183

Tres son los puntos fundamentales que esta Resolución va a debatir:

1.º) La exigencia de la pluralidad de socios es inherente a la naturaleza de la sociedad.

2.º) La falta de justificación de una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, cuando existe un solo socio.

3.º) La inadmisibilidad, por imperativo del art. 1911 C.c., del reconocimiento extralegal de patrimonios separados y de la consiguiente limitación de responsabilidad de la persona individual.

1.º) *La exigencia de la pluralidad de socios es inherente a la naturaleza de la sociedad.*

La Resolución desvirtúa este argumento, distinguiendo entre *las sociedades personalistas y capitalistas*. En las primeras la sociedad queda vinculada por las vicisitudes de su subtrato personal:

“el contrato de sociedad despliega su eficacia produciendo derechos y obligaciones entre los socios de modo que la propia sociedad se asienta sobre ese entramado de relaciones obligatorias que, por definición, sólo es posible entre dos o más socios”.

En las *sociedades de capital* en cambio el contrato tiene un carácter netamente organizativo, que no tiene por qué producir relaciones directas entre los socios, sino que, por el contrario, se halla dirigido a constituir una organización objetiva y a establecer sus reglas de funcionamiento.

Se explica así que la personalidad jurídica aparezca independizada de sus miembros y se asiente sobre el principio de unidad. En cierto modo se separa de quienes le dieron vida y permanece inmune a sus vicisitudes. Un buen exponente de esta construcción legislativa nos lo ofrece la objetivación de la condición de socio que se lleva a cabo mediante la acción. La reunión en la misma mano de todas las acciones en la medida en que no afecta a la existencia de múltiples participaciones o puestos de socios no determina la invalidez conceptual de la sociedad unipersonal.

La sociedad unipersonal constituiría así, probablemente, una “contradictio in terminis”, pero no una “contradictio in substantia”.

Mientras que en las sociedades de personas la reducción de la pluralidad subjetiva determina necesariamente el fin de la sociedad, en las sociedades de capitales, la organización a que da lugar el contrato social se halla tan fuertemente objetivada e independizada que puede subsistir aunque desaparezca la pluralidad de sus miembros.

2.º) *La segunda cuestión* que debate la Resolución es “la falta de una personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, cuando existe un solo socio”.

La Resolución rechaza esta afirmación sosteniendo:

“La pluralidad de socios constituye una condición de erección de la persona jurídico corporativa, pero no es una condición de subsistencia del ente, que una vez creado, por su vocación de permanencia y la trascendencia de sus fines (la explotación de una empresa que aspira a conservarse), queda independizado de sus miembros.

La personalidad jurídica, como técnica instrumental para autonomizar patrimonios y aislar esferas de imputación no se pone en entredicho por la “reductio ad unum”.

Naturalmente, para ello es preciso que la organización objetivada se manifieste en el tráfico como tal, y se conduzca con arreglo a las leyes de funcionamiento”.

3.º) *La tercera argumentación* rebate la doctrina tradicional de la incompatibilidad entre la sociedad unipersonal y el principio de responsabilidad patrimonial universal que consagra el art. 1.911 del C. civil.

Es decir ¿puede admitirse que un socio único (persona individual) mantenga dos patrimonios separados y por tanto limite su responsabilidad en contradicción con el art. 1.911 del C.c.?

Apunta la DGRN que la derogación del art. 1.911 C.c. en el ámbito de las sociedades de capital ya está establecida por la Ley (art. 1.º LSA),

“y que no cabe excluirla en el caso de que la sociedad sea unipersonal ya que la limitación de responsabilidad de las sociedades de capital, al menos en nuestro ordenamiento, no se funda en la estructura corporativa del ente, en la pluralidad de los miembros que la integran, sino que se justifica por la creación o dotación, poco importa si a cargo de uno o de muchos socios, de un fondo de responsabilidad adecuado, y que la propia ley al admitir la SRL está admitiendo el desvincular la limitación de responsabilidad con el carácter gestor de la misma.

A los terceros, y no puede olvidarse que el problema de la responsabilidad es un problema de terceros, les resulta de todo punto indiferente que una sociedad se halle formada por uno o más socios; lo que les interesa es que su capital se dote y publique adecuadamente y que se preserve, mediante una estricta observancia de las normas de defensa del capital, para hacer frente a las responsabilidades que la sociedad vaya contrayendo frente a ellos. En la hipótesis de la sociedad unipersonal no se deroga el art. 1.911 C.c. al margen de la Ley; es la propia LSA o Limitada quien lo deroga al establecer que, bajo ciertas condiciones y sometidos a ciertas reglas, pueden crearse patrimonios separados”.

185

Conclusión

Por todo ello la Resolución reconoce la compatibilidad de la sociedad unipersonal con los principios de organización de las sociedades de capital, si bien la reunión de todas las acciones o participaciones en una sola mano no dispensa de la observancia de las reglas de funcionamiento de la sociedad,

“no sólo de las que primordialmente atañen a intereses de terceros (publicidad, contabilidad, aportaciones, autocartera, distribución de dividendos, etc.), sino también de las que disciplina la organización interna, razón por la cual la sociedad unipersonal ha de contar con órganos legales y observar los preceptos procedimentales y formales relativos a la toma de decisiones”.

En la Resolución de 5 de enero de 1993 se trató el problema de la forma documental requerida para las decisiones adoptadas por el único accionista y administrador de la sociedad, y que expondremos al hablar del Acta de la Junta.

2. La Sociedad Unipersonal en la Ley de 23 de marzo de 1995.

2.0. Introducción.

186 Esta Ley dedica su último Capítulo (XI) que corresponde a los arts. 125 a 129 a la regulación de la sociedad unipersonal.

Dedica asimismo la Ley, la Disposición Adicional 2.^a en su apartado 23 a la sociedad unipersonal anónima, aplicando a esta figura de sociedad lo dispuesto en el Capítulo XI para las Sociedades Limitadas. La Disposición Adicional 5.^a deja sin aplicación lo dispuesto en los artículos 126.2, 128 (apartados 2 y 3) y 129 a las sociedades unipersonales de carácter público; la Disposición Transitoria 5.^a está dedicada a las exenciones fiscales, y por último la Disposición Transitoria 8.^a fija el plazo de presentación para la inscripción de la declaración de las sociedades unipersonales preexistentes al 1 de enero de 1996.

Esta regulación de la SRLU puede calificarse, en cuanto a los supuestos admitidos, de abierta con relación a Europa (se admite la sociedad anónima unipersonal y no se sanciona el que una persona física sea socio único de varias sociedades o cuando una sociedad unipersonal u otra persona jurídica sea socio único de una sociedad), de escueta, limitándose a los dictados de la 12.^a Directiva y poco más, y de

muy rigurosa en cuanto a requisitos de publicidad y régimen de responsabilidad sobre las exigencias de la Directiva.

Las sociedades unipersonales bien sean limitadas o anónimas se rigen por las normas generales de estas Leyes, salvo la regulación específica de los artículos 125 a 129 que pasamos a comentar.

2.1. (art. 125) Las clases de sociedades unipersonales de responsabilidad limitada.

Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada:

a) *La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica. (Sociedad Unipersonal Originaria)*

b) *La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal. (Sociedad Unipersonal Sobrevenida)*

Critica RONCERO la redacción de este precepto al que trata de academicista, ya que más que enunciar los distintos tipos o clases de sociedades unipersonales, el precepto debería destinarse a determinar explícitamente la licitud o admisibilidad de los mismos.

No carece de razón esta crítica, y todavía cobra más sentido ahora que en el Anteproyecto (AP) sobre el que se hizo este comentario, pues al menos en el AP en el art. 1.º había un pronunciamiento explícito sobre la admisibilidad de la sociedad unipersonal cuando se decía “el capital se integrará por las aportaciones de *uno* o varios socios” habiéndose suprimido el término *uno* en la redacción de la Ley. Y así, curiosamente en el texto de la Ley no hay ningún pronunciamiento explícito de la admisión de la sociedad unipersonal, y solamente y en sentido negativo reconoce el art. 16 como causa de nulidad el no haber concurrido la voluntad efectiva del socio fundador cuando se trate de sociedad uni-

personal, y en el art. 12.2 que al hablar de las menciones que han de contener la escritura de constitución dice “la identidad del *socio* o socios” y el art. 126 al regular el régimen de publicidad de la unipersonalidad que habla de la existencia de un único socio.

El texto de la 12.^a Directiva es más elogiable en cuanto al pronunciamiento sobre la admisión de la unipersonal al proclamar en su art. 1.º:

“La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de su constitución, así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular” (Sociedad Unipersonal).

La sociedad originariamente unipersonal puede plantear en su constitución las siguientes cuestiones:

A. *Problemas en la constitución de la Sociedad Unipersonal.*

1. *El cambio automático de pluripersonal a unipersonal.*

El art. 16 señala entre las causas de nulidad:

b) “Por no haber concurrido en el acto constitutivo la voluntad efectiva de, al menos, dos socios fundadores en el caso de pluralidad de éstos, o del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal”.

Algunos autores han planteado si tiene sentido que habiéndose admitido la sociedad unipersonal, pueda ser una causa de nulidad la no concurrencia de dos voluntades efectivas al acto constitutivo, y si lo que se pretende es perseguir a las sociedades aparentemente pluripersonales (“sociedades de favor” o “sociedades preordenadas a la unipersonalidad”) la sanción de nulidad parece desproporcionada, y hubiera bastado establecer que la no concurrencia de dos voluntades efectivas determinaría la consideración de la sociedad fundada como unipersonal y, con ello, sometida a dicho régimen.

Estos autores entienden que la acepción que deba darse a la expresión “voluntades efectivas” es la “fundadores reales”.

Al haber añadido el texto de la ley (ya que no figuraba en el AP) “del socio fundador cuando se trate de sociedad unipersonal” parece que se ve ahora más claro, que por voluntad efectiva no debe entenderse “voluntad real” o “fundadores reales”, sino voluntad que no adolezca de los vicios del art. 1.265 del C.c.

Creo por tanto, que no es la finalidad del artículo el sancionar una discordancia entre la realidad y la apariencia y máxime con la nulidad, cuando siempre que ha habido levantamiento del velo se ha sancionado con la responsabilidad ilimitada del socio pero no con la nulidad, sino más bien y ahora con la nueva redacción parece más claro, entiendo que lo que está regulando el artículo son los requisitos de constitución para dos modalidades distintas: En la sociedad pluripersonal, la concurrencia de dos voluntades efectivas (en el sentido de que no adolezcan de los vicios de la voluntad del art. 1.265 C.c.) y, en la sociedad unipersonal, el que la voluntad del socio único también reúna esos requisitos. Por lo tanto el término “efectivo”, más que como “real” debería entenderse como voluntad “consciente y libre”. La falta del requisito de la pluralidad de voluntades efectivas no desemboca en la conversión en unipersonal, sino que produce su nulidad, es decir si en uno de los dos socios su voluntad adolece de un vicio de error, violencia, intimidación o dolo, no por ello la sociedad pluripersonal se convierte en unipersonal, sino que deviene nula.

189

2. *Número de participaciones.*

¿Puede el capital estar constituido por una sola participación?, pues el art. 5.º dice “que el capital social estará dividido en participaciones indivisibles y acumulables”.

Aunque gramaticalmente no parece posible, si cabría una respuesta afirmativa, si se considera que al igual que el art. 1.º

dice que el capital se integrará por *las aportaciones de todos los socios*, y luego cabe que haya uno solo, también podría singularizarse el número de las participaciones.

La Resolución de la DGRN de 21-6-90 dice que la reunión en la misma mano de todas las acciones no afecta a la existencia de múltiples participaciones independientes o puestos de socios; ¿Debe, una vez explicado el tránsito de la pluripersonalidad a la unipersonalidad, mantenerse esta exigencia de pluralidad de puestos de socio? En una aplicación práctica resultaría más complicado, ya que ello supone el tener que convertirse en varias si cambia a sociedad pluripersonal, y obligaría a modificar esta mención de los Estatutos, y con la consiguiente adopción del acuerdo en Junta General.

3. *Aportaciones.*

190 El art. 4 señala: “El capital social desde su origen habrá de estar totalmente desembolsado”.

El art. 16.d determina la *nulidad* por no haberse desembolsado íntegramente el capital social.

El control de las aportaciones es fundamental en todas las sociedades, pero sobre todo en la sociedad unipersonal dada la no existencia de contraposición de intereses entre los socios al no existir pluralidad de éstos, y recordamos que además uno de los puntos esenciales de la defensa jurídico-dogmática de la sociedad unipersonal es que frente a terceros más importante que el número de socios es que el capital se dote, publique y preserve adecuadamente (RDGRN de 21 de junio de 1990), por lo que esta exigencia se vería totalmente defraudada con un capital que no se ha desembolsado o que ha sido sobrevalorado al inicio, faltando así al principio de realidad del capital.

a) *Aportaciones Dinerarias.*

¿Quién controla que en una sociedad unipersonal que se ha desembolsado íntegramente el capital?

Este problema viene resuelto por el art. 19 de la LSRL según el cual deberá acreditarse ante el Notario autorizante de la escritura de constitución o de aumento de capital, la realidad de las aportaciones dinerarias mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, o mediante su entrega para que aquel lo constituya a nombre de otro.

b) *Aportaciones No dinerarias.*

El mayor problema se plantea con las aportaciones no dinerarias ya que la remisión al art. 38 de la LSA (sometimiento a informe de experto independiente) debe entenderse potestativo (art. 21.5 LSRL). Cabe pues plantearse, si sería conveniente hacerlo exigible para el caso de sociedades unipersonales, pero de otra parte no hay que olvidar que en la Exposición de Motivos se resaltaban los caracteres de la estructura de la Sociedad Limitada de sencillez y de que la misma no resulte costosa.

191

4. *Copropiedad.*

Puede plantearse el caso de que todas las participaciones en que se divide el capital social pertenezcan pro indiviso a varios. ¿Estamos ante un caso de sociedad unipersonal o pluripersonal?

En este caso debe dilucidarse:

Si a los copropietarios dado el carácter indivisible de la participación se les puede considerar como un único socio, y por tanto el número de copropietarios no ha de tenerse en cuenta para el concepto del número de socios (concepto formal) o si por el contrario estamos ante una verdadera pluralidad (concepto material).

— Si se considera la copropiedad como concepto material, el régimen aplicable es el de la sociedad pluripersonal y por tanto no merece un comentario específico.

— Si se considera la copropiedad como un concepto formal, como de conformidad con el art. 35 el titular designado por los copropietarios lo es únicamente para el ejercicio

de los derechos de socio y el libro registro de socios no es público (art. 27 LRL y 55 LSA), sería necesario hacer constar la identidad de todos los socios copropietarios en el Registro Mercantil y todos estarían sujetos a la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria a que se refiere el art. 129 ya que los terceros para saber a quien exigir el cumplimiento o satisfacción de sus derechos deberán saber quienes son los copropietarios.

B. Autocartera y Grupos de Sociedades.

El artículo 125 en su apartado b, señala que: “se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal”.

192 Este artículo en la redacción del anteproyecto primitivo decía: “se considerarán propiedad del único socio las participaciones sociales que pertenezcan a la sociedad unipersonal o a sociedades del mismo grupo” englobando los supuestos de la autocartera y el referente a los grupos de sociedades, habiéndose suprimido esta última parte en la redacción del texto legal, quizá porque tal como señala el art. 2.2 de la Directiva posteriormente se llevará a cabo una coordinación de las disposiciones nacionales en materia de derecho de agrupaciones.

Con respecto a la autocartera como dice RONCERO, como la sociedad no puede ser socio de sí misma, el hecho de que detente participaciones en autocartera no debe tomarse en cuenta para calcular el número de socios y determinar el carácter unipersonal de la sociedad.

2.2. Publicidad de la unipersonalidad (art. 126).

Dijimos al inicio de la exposición que los juristas habían buscado los mecanismos para la protección de terceros cuando se trata de una sociedad unipersonal. Uno de estos mecanismos es el que recoge el art. 126 dedicado a la publicidad de la sociedad unipersonal, con el fin de dotar de

transparencia y asegurar un perfecto conocimiento por terceros de tal situación.

Regula el art. 126 dos medios de publicidad:

1.º) *La constancia en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil de:*

a) *La constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada.*

b) *La declaración de tal situación como consecuencia de haber pasado un único socio a ser propietario de todas las participaciones sociales.*

c) *La pérdida de la situación de unipersonalidad.*

d) *O el cambio del socio único.*

En la inscripción se expresará necesariamente la identidad del socio único.

2.º) *En tanto subsista la situación de unipersonalidad, la sociedad hará constar expresamente su condición de unipersonal en toda su documentación, correspondencia, notas de pedido y facturas, así como en todos los anuncios que haya de publicar por disposición legal o estatutaria.*

193

Este artículo suscita los siguientes comentarios:

A. Denominación.

En el artículo 131 del AP se exigía, además, que mientras subsista la situación de unipersonalidad, se añadirá a la denominación social la expresión “sociedad unipersonal”.

El régimen de publicidad estaba establecido en el AP a través de tres instrumentos:

— La denominación.

— La constancia en el Registro Mercantil de la condición de unipersonalidad.

— La constancia de esta condición en toda la documentación.

Esta triple vía de publicidad, mucho más rigurosa que la establecida por la Directiva, que sólo exige la inscripción en el Registro Mercantil o en un registro de la propia sociedad

accesible al público, ha sido recortada en el texto de la ley suprimiendo la relativa a la denominación añadida de “sociedad unipersonal”, quizá esta supresión se deba a los inconvenientes que genera su adición en sociedades de gran relevancia y a que el cambio de unipersonal a pluripersonal originaría un cambio en los estatutos, así como a que ya existen los otros medios de publicidad suficientes.

Respecto a la primera de estas medidas, constancia en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, cabe hacer las siguientes consideraciones:

B. *Constancia en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.*

1. *Plazo para la Inscripción.*

194

La sociedad devenida unipersonal tiene un plazo de seis meses para la inscripción de este carácter (art. 129). Pero en cambio no fija plazo la ley para la inscripción de la pérdida de la situación de unipersonalidad o del cambio de socio único. Parece que el legislador no ha fijado plazo en estos dos supuestos, ya que en el caso de vuelta a la pluripersonalidad son los administradores los primeros interesados en la inscripción, para liberarse de las obligaciones del régimen de la unipersonalidad y del peligro que pueden correr si el socio único que ha dejado de serlo sigue actuando como tal. En el caso de cambio de socio único, tendrá el nuevo socio igual interés en no correr riesgos, aunque la no exigencia de plazo puede ser discutible, pues este cambio sí es importante para terceros, y un requisito fundamental de la publicidad de la situación de unipersonalidad es que se refleje la identidad del socio único.

2. *Forma.*

Las declaraciones de voluntad de que se han concentrado todas las participaciones en una sola mano, o ha cambiado la identidad del socio único, o la pérdida de la situación de unipersonalidad hechas ante un Notario, aunque no dice nada la Ley parece que en el caso de las Sociedades Limitadas, deberá ser hecha por persona con facultad de elevar a pública la declaración y justificando tal declaración mediante la exhibición del libro-registro de socios, testimonio notarial del mismo o certificado de su contenido.

En el caso de las Sociedades Anónimas parece que la escritura pública deberá ser otorgada por quien tenga la facultad de elevar a escritura pública esta declaración, con los siguientes requisitos:

— *En el caso de acciones nominativas* se necesitaría manifestación del libro registro de acciones, certificación del mismo o testimonio notarial.

— *En el caso de anotaciones en cuenta* sería necesario una certificación expedida por la Entidad encargada de la llevanza del registro contable.

— *En el caso de acciones al portador* habría que presentar al Notario los títulos o los resguardos provisionales, y si no se hubiesen emitido los títulos o los resguardos, parece que debería hacerlo constar bajo su responsabilidad con la exhibición del título de adquisición o transmisión respectivo.

3. *Responsable.*

No dice nada el texto legal si la obligación de inscripción incumbe al administrador o al socio único. La responsabilidad por el incumplimiento de esta obligación en el caso de la sociedad devenida unipersonal recae sobre el socio único, de conformidad con el art. 129, cuya responsabilidad deviene personal, ilimitada y solidaria.

Puede considerarse –como sucede en el Derecho alemán– que la responsabilidad inmediata se imponga al órgano de administración que es quien ostenta la representación de la sociedad (art. 62.1), y en caso de incumplimiento exigir responsabilidades a los administradores.

4. *Efectos de la Inscripción.*

Unicamente regula la Ley en el art. 129 los efectos y sanciones para el caso de incumplimiento de la obligación de inscripción de la sociedad sobrevenida unipersonal, pero no respecto a la inscripción de la recuperación del carácter pluripersonal, ni al cambio del socio único.

La recuperación del carácter pluripersonal de la sociedad no parece perjudicial frente a terceros, sino más bien todo lo contrario, por lo que el no inscribir la vuelta a la normalidad pluripersonal debe preocupar más a los administradores para liberarse de las cargas del régimen de unipersonalidad que al tercero.

El cambio de la identidad del socio único sí parece importante, ya que es una de las menciones exigidas por la 12.^a Directiva y sin duda puede tener relevancia para terceros interesados en contratar con la sociedad, no siendo indiferente que sea uno u otro el socio único, y su “no sanción” puede ser discutible.

La inscripción de adquisición por la sociedad del carácter de unipersonal determina que el socio único no responderá de las deudas contraídas con posterioridad (art. 129).

La no inscripción, transcurridos seis meses desde la adquisición del carácter de unipersonal, supone la responsabilidad personal, ilimitada y solidaria del socio por las deudas sociales durante el período de unipersonalidad.

Esta sanción, imposición de responsabilidad ilimitada del socio único, ha sido considerada por algunos autores como desproporcionada, ya que la 12.^a Directiva no prevé ninguna sanción, y además su orientación es el pleno reconocimiento

de la sociedad unipersonal, sin considerarla ya como una situación anómala e irregular. En el Derecho alemán dado que los administradores son los obligados a la comunicación al Registro, responderán según el régimen general de responsabilidad (responsabilidad solidaria frente a terceros) por los daños producidos como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones.

ALONSO UREBA señala, por su parte, que no podría fijarse como sanción el establecimiento del cese del beneficio de responsabilidad limitada del socio único puesto que el art. 2.2 de la Directiva ha de ser objeto de una interpretación restrictiva en cuanto a los supuestos en que cabe establecer disposiciones especiales que alteren el régimen general.

En cuanto a la sanción considera que podría ser similar a la del art. 89 del TRLSA, es decir sanción administrativa de carácter económico, previo expediente instado a iniciativa de cualquier interesado.

SÁNCHEZ RUS sin embargo no considera que esta sanción contravenga los dictados de la 12.^a Directiva por las siguientes consideraciones:

Que el régimen de ausencia de “disposiciones especiales o sanciones” se aplica a la sociedad de un solo socio “regular”, es decir, la que cumple con los requisitos establecidos, entre los que figura la publicidad, y porque además la Directiva impide la imposición del régimen de responsabilidad ilimitada al socio único en cuanto tal, pero no excluye la responsabilidad que puede corresponderle con arreglo a las normas generales del Derecho de Sociedades.

Además señala que el beneficio de limitación de responsabilidad ha estado tradicionalmente vinculado en nuestro Derecho a la inscripción en el Registro Mercantil, y este es el caso del Naviero, estableciendo el art. 19.3 del Código de Comercio que el “el naviero no inscrito responderá con todo su patrimonio de las obligaciones contraídas”. Además esta misma línea ha inspirado al legislador italiano.

Creo que el legislador no ha contravenido con este régimen de responsabilidad el espíritu de la 12.^a Directiva como han señalado algunos autores, ya que la propia Directiva señala en uno de sus considerandos que “la creación de la Sociedad Unipersonal se hace sin perjuicio de que las legislaciones de los Estados miembros impongan una responsabilidad a dicho empresario con respecto a las obligaciones de la Empresa”.

Entiendo que el legislador español ha elegido este régimen, como señala su Exposición de Motivos “con la finalidad fundamental de ampliar la protección a terceros”, y como medida desalentadora a utilizar la sociedad unipersonal sin la necesaria transparencia, y por ello el legislador es tajante al admitir la responsabilidad limitada del empresario individual, con la exigencia de la publicidad registral que lleva consigo, y si no, obliga a permanecer en la situación clásica del empresario individual sometido a la responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 C.c.

2.3. Decisiones del socio único. Junta General (art. 127).

“En la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada el socio único ejercerá las competencias de la Junta General, en cuyo caso sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante”.

A. La existencia de la Junta General de un único socio.

La primera cuestión que se plantea es si tiene sentido la existencia de la Junta General con un único socio.

Elogia CÁMARA esta redacción recogida asimismo en la 12.^a Directiva de “El socio ejercerá los poderes atribuidos a la Junta General”, y no que “la Junta General se entenderá reunida válidamente con la asistencia del socio único”.

Ya dijimos anteriormente que tal como señaló la Resolución de la DGRN, la sociedad de socio único debe adap-

tarse en su funcionamiento a las reglas de la sociedad pluripersonal, y siendo además la existencia *de esta estructura organizada una de las razones fundamentales* de la elección del tipo societario para dar solución a la limitación de responsabilidad del empresario individual, cobra además singular importancia para la seguridad de terceros la constancia de los acuerdos adoptados por la Junta General para que la sociedad se conserve formalmente y con ello la separación entre los dos patrimonios.

Lógicamente habrá que observar todos los preceptos procedimentales y formales de la Junta General que sean compatibles con la existencia de un único socio, no siendo por tanto aplicables los previos a la formación de la voluntad (convocatoria de la Junta, Derecho de información, etc.) asimilándose en esta fase a la Junta Universal, ni tampoco los relativos a la formación de voluntad del órgano colegiado (deliberaciones, votación, etc.), bastando la declaración de voluntad del socio único declarando que se constituye en Junta General y que adopta los acuerdos que tenga por conveniente, recogiendo el acta la constatación formal de estas decisiones, sin perjuicio de las demás formalidades que pueda requerir un determinado acuerdo (ej. escritura pública e inscripción en el Registro).

199

B. *Derecho de representación.*

El texto legal permite que la declaración del socio único se pueda efectuar por medio de apoderado al decir “sus decisiones se consignarán en acta, bajo su firma o la de su representante”.

La Directiva comunitaria en su redacción primitiva exigía que el “socio ejercería los poderes atribuidos a la Junta de accionistas, sin poder delegarlos” y asimismo las legislaciones francesa y belga exigen el ejercicio personal por parte del socio único de los poderes de la Junta. Sin duda, como señala GARCÍA COLLANTES, ello obedece a estimular el celo

del dueño del negocio cuando no lleva personalmente la gestión, obligándole a verificar personalmente las cuentas y las decisiones importantes.

SÁNCHEZ RUS justifica la modificación del texto de la Directiva admitiendo que la posibilidad de delegación obedece al hecho de haber admitido la posibilidad de la persona jurídica como socio único.

El AP exigía que “el socio podría hacerse representar en la reunión de la Junta General por medio de otro socio. Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de persona que no sea socio”.

Esta redacción ha sido ampliada en la redacción del texto legal porque además de a otro socio (lo que resulta inaplicable a la sociedad unipersonal) puede hacerse a favor de cónyuge, ascendientes o descendientes o a favor de otra persona con poder general conferido en documento público con facultades para administrar todo el patrimonio que el representado tuviera en territorio nacional. Los estatutos podrán autorizar la representación por medio de otras personas (art. 49).

200

C. *Conflicto de intereses.*

Dice el art. 10 que la sociedad de responsabilidad limitada, salvo acuerdo de la Junta General, no podrá conceder créditos o préstamos, garantías y asistencia financiera a favor de sus propios socios y administradores, ni anticiparles fondos.

El art. 52 por su parte señala que el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo “que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos ...”.

¿Puede la Junta concederle a un socio único todos estos anticipos, préstamos, etc., vulnerando así el art. 52 que le impide votar en estos casos?

La respuesta entiendo que debe ser afirmativa en los casos en que existen suficientes garantías de transparencia por el art. 128 (en relación a los contratos de la sociedad con el socio único y que posteriormente trataremos).

D. Acta de la Junta.

El art. 127, señala que *“las decisiones de la Junta se consignarán en acta, bajo la firma del socio único o de su representante, pudiendo ser ejecutadas y formalizadas por el propio socio o por los administradores de la sociedad”*.

El texto de la 12.^a Directiva exigía que se hiciera constar en acta o por escrito. Nuestra Ley elige el acta quizá para dotar de un mayor control a los acuerdos que se adopten.

La decisión del socio único se hará constar en acta que se incorporará al libro de actas, y deberá expresar las siguientes circunstancias:

- Fecha y lugar.
- Contenido de los acuerdos.
- Si la decisión es personal o por medio de representante.

Respecto a la *formalización* de las decisiones del socio se refiere a acuerdos que deben figurar en escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (ej. modificación de Estatutos), pudiendo hacerlo además del socio único el administrador. La Resolución de la DGRN de 5 de enero de 1993 permite que las decisiones adoptadas por el único accionista y administrador de la sociedad, atribuyéndole expresamente el carácter de acuerdos de la Junta, se otorguen directamente ante Notario, no siendo necesario que tales acuerdos o decisiones queden reflejados en una previa acta (notarial o no notarial).

Con respecto a la *ejecución* de los acuerdos de la Junta General, corresponde en general al órgano de administración o a los apoderados generales o singulares nombrados por éste y *no al socio único*. La ley legitima al socio único,

además de a los administradores para la ejecución de los acuerdos, alterando así el régimen general de distribución de competencias (administradores o apoderados nombrados por el órgano de administración). Si el socio único no es a su vez administrador, se evita así que el administrador nombrado por él tenga a su vez que otorgarle un poder de representación, en caso de que el socio quiera ejecutar los acuerdos personalmente.

2.4. Contratación del socio único con la Sociedad Unipersonal (art. 128).

A. *El órgano de Administración.*

202

En la sociedad unipersonal la administración puede ejercerla el único socio o conferirse a un administrador o administradores. En cualquiera de los dos casos debe cumplirse en la escritura social y estatutos, respectivamente, con los requisitos de los arts. 12.2 y 13 respecto a la mención del modo concreto inicial y modo o modos de organizar la administración de la sociedad. Asimismo, habrá que dar cumplimiento en ambos supuestos al art. 94 del RRM, inscribiendo en el Registro Mercantil el nombramiento del administrador, bien sea el mismo socio único o un tercero.

B. *Autocontratación.*

1. *Denominación*

Este art. 128 ha cambiado sustancialmente en el texto definitivo de la Ley, con relación al AP (art. 133), modificando no sólo su contenido sino también su título.

El título que en el AP era “Autocontratación” ha sido sustituido por el de “Contratación del socio único con la sociedad unipersonal”.

En la autocontratación hay dos modalidades: La primera que se produce cuando la administración se confía a un tercero, y se celebra un contrato entre la sociedad (representada por su administrador) con el administrador como persona física. Este es el supuesto clásico de autocontratación y que aquí no interesa resaltar, y en él existe contraposición de intereses entre los dos contratantes, siendo la posible perjudicada la sociedad representada.

Pero la otra modalidad de autocontratación es la que se produce cuando el socio único contrata con la sociedad unipersonal, bien representada por él mismo, bien por un tercero. En este caso hay identidad de intereses entre los contratantes, y el posible perjudicado no es como en la autocontratación “normal” el contratante representado, es decir la sociedad, sino los terceros.

En el AP si bien el título del art. 133 era “Autocontratación”, no se recogía el supuesto clásico, sino la segunda modalidad, y dentro de ésta tampoco los dos supuestos posibles, sino solo aquél en que la sociedad al contratar con el socio único, estaba representada por él mismo, y así decía en el párrafo 1.º): “Los contratos celebrados entre el socio único y *la sociedad representada por él mismo*” (idéntica esta redacción a la del art. 5.º de la 12.ª Directiva).

Por tanto, en el AP no se correspondía plenamente el enunciado del artículo con su contenido, recogiendo sólo un supuesto, que era cuando el socio único contrataba con la sociedad representada por él mismo.

El art. 138 se titula ahora en el texto de la Ley “Contratación del socio único con la sociedad”.

Es decir, quedan descartados del enunciado el supuesto clásico del autocontrato entre la sociedad con el administrador persona física, y en cambio se recogen los dos supuestos siguientes:

“Que la sociedad representada por el socio único contrate con el socio único”.

“Que la sociedad representada por un administrador o apoderado contrate con el socio único”.

Y el párrafo 1.º del art. 138 tiene ahora la misma redacción que su título.

Debe considerarse de gran acierto no sólo la adecuación del título al contenido, ahora plenamente coincidentes, sino también y aunque se han ampliado los supuestos de la Directiva a los casos en que la sociedad representada por un administrador o apoderado contrata con el socio único, ello parece necesario, pues en la práctica teniendo en cuenta que el administrador es nombrado por la Junta General (y el apoderado por el administrador) y que ésta está constituida por el único socio serían fácilmente burlables las medidas de control de estos contratos.

C. *Publicidad.*

204 Para este tipo de contratos, es decir, contratos del socio único con la sociedad, impone el art. 128 las siguientes obligaciones:

1.º) *Constancia por escrito o en la forma documental que exija la Ley de acuerdo con su naturaleza.*

2.º) *Su transcripción a un libro-registro de la sociedad, que habrá de ser legalizado conforme a lo dispuesto para los libros de actas de las sociedades, es decir, en el Registro Mercantil (arts. 293 y ss. del RRM).*

3.º) *En la Memoria anual se hará referencia expresa e individualizada a estos contratos, con indicación de su naturaleza y condiciones. Además la memoria deberá ser depositada con arreglo a la Ley, es decir, en el Registro Mercantil (art. 218 TR LSA).*

El sistema de publicidad se ha ampliado notablemente con respecto al que figuraba en el AP, que únicamente, exigía al igual que el art. 5.º de la 12.ª Directiva, que “estos contratos se hicieran constar en acta o se consignaran por escrito”.

Se ha cambiado la expresión “acta o escrito” por “escrito y documento que exija la Ley”, de esta forma parece

más ajustada al Derecho español ya que el acta es un documento que recoge los acuerdos de un órgano colegiado (art. 97 RRM) y no un consentimiento contractual, y por tanto podría resultar confuso, y además existen supuestos como los recogidos en el art. 1.280 del Código civil en que determinados contratos deberán constar en documento público, siendo éste por tanto suficiente.

El régimen de publicidad no puede ser más exhaustivo: escrito o documento público, libro-registro y constancia en la memoria y depósito en el Registro Mercantil.

El incumplimiento del sistema de publicidad establecido se sanciona con la no oponibilidad a la masa de estos contratos, en caso de insolvencia provisional o definitiva de la sociedad.

D. Peligros y régimen sancionador.

Además el *párrafo 3.º del art. 128* independientemente de la publicidad, establece la responsabilidad durante el plazo de dos años del socio frente a la sociedad, de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de la sociedad como consecuencia de dichos contratos.

Numerosos autores habían resaltado la omisión en el AP de un régimen sancionador en este sentido.

El régimen de publicidad con su correlativa sanción por incumplimiento, así como la responsabilidad durante dos años por los perjuicios causados a la sociedad, está destinado a velar por la preservación de la garantía que representa el capital social, ya que la base de defensa jurídico-dogmática de la sociedad unipersonal está en la dotación y preservación de un fondo de responsabilidad adecuado. Esta cifra de capital social puede verse amenazada mediante la detracción de fondos subrepticamente, p. ej. vía la concesión al socio de créditos y garantías favorables al socio y perjudiciales para la sociedad, contratos con el socio en que la sociedad paga precios superiores a los del mercado, etc.

De otra parte, puede existir una infracapitalización de la sociedad, cuando ésta en lugar de financiarse con aportaciones de capital en los casos en que un ordenado empresario lo haría, lo hace mediante créditos del socio que puede retirar en cualquier momento, sin conocimiento de terceros, o bien asegurando sus créditos mediante garantías de tipo real, de modo de que en caso de insolvencia quedaría fuera de la masa de acreedores, o bien teniendo una posición mayoritaria y dominante en caso de convenio de acreedores.

En este segundo supuesto se ha suprimido del texto la postergación legal de créditos de socios, administradores y de sociedades pertenecientes al mismo grupo que figuraba en el AP, cuyos principales efectos eran la postergación de estos contratos hasta la íntegra satisfacción o adecuada garantía de los demás créditos, y la supresión del derecho de voto en las quiebras y en las suspensiones de pagos.

206

Cabe preguntarse si la infracapitalización puede considerarse como una de las ventajas obtenidas por el socio único en perjuicio de la sociedad, y por tanto puede ser sancionado el socio único sin que lo sean las demás sociedades pluripersonales, y además siendo las unipersonales las únicas en que por las obligaciones de transparencia del art. 128 se conocen todos los préstamos de los socios a la sociedad con sus condiciones.

Creo que la infracapitalización es una situación que puede darse en cualquier sociedad, y si bien es verdad que en la sociedad unipersonal todos estos problemas se agudizan, no creo que deba ser tratada de forma desigual con relación a las pluripersonales, máxime cuando en este tipo de sociedad la transparencia es máxima.

El artículo 128 de la Ley ha cambiado también con respecto al AP suprimiendo la no obligatoriedad de publicidad de "las operaciones corrientes realizadas en condiciones normales", que si bien se recoge en el art. 3.º de la Directiva había sido criticado por algunos autores, en el sentido de la

dificultad de determinar qué operaciones podían calificarse de tales, y porque además esta apreciación correspondía al socio único por lo que la excepción podía vaciar de contenido a la obligación.

Bajo la denominación “operaciones corrientes realizadas en condiciones normales”, se incluirían las del tráfico ordinario de la sociedad (contratos de aprovisionamiento, de mantenimiento) realizadas a precio de mercado.

Por lo que el sistema de control es total, tanto en exigencias de publicidad como en su ámbito de extensión.

2.5. Efectos de la unipersonalidad sobrevenida (art. 129).

Se ha suprimido del AP el párrafo 1.º que decía que la unipersonalidad sobrevenida no sería causa de disolución de la sociedad, con acierto, ya que al regular las causas de disolución el art. 104, podía resultar superfluo.

Ya comentamos al hablar de los efectos de la inscripción, del régimen establecido en el artículo 129, vamos por tanto a limitarnos ahora a comentar el plazo de seis meses de gracia que concede la Ley para la inscripción.

El plazo de seis meses fijado para inscribir la adquisición del carácter de unipersonal se ha fijado sin duda porque habrá casos en que la sociedad devenga unipersonal casualmente o por azar, y para conceder un período de reflexión al socio que deviniendo socio único, pueda preferir con una decisión meditada la conveniencia de la vuelta a la pluri-personalidad.

Entiendo que este plazo de seis meses es también aplicable a las demás medidas de publicidad exigidas del art. 126 (constancia en la documentación, etc.), ya que esta publicidad puede considerarse secundaria frente a la publicidad registral no resultando claro en cambio si en este plazo de seis meses el socio único queda exonerado o no de las exigencias del art. 128 referente a las medidas de transparencia en la contratación con la sociedad unipersonal.

El problema que se plantea es decidir si la unipersonalidad adquirida tiene un carácter material y por tanto produce efectos desde la concentración de las participaciones en una sola mano, o formal, es decir si sólo produce efectos desde su inscripción en el Registro Mercantil.

Quizá el entender que la unipersonalidad sobrevenida tiene un carácter material y por tanto es exigible el art. 128 desde que se concentran todas las participaciones en un solo titular, cualquiera que sea luego la decisión que se adopte, puede ser la solución más acorde con el espíritu de la Ley, por los siguientes motivos: La no interrelación literal de ambos artículos (128 y 129), el posible perjuicio a terceros de la omisión de publicidad de los contratos celebrados en ese período y el espíritu de riguroso control que imbuye todo el Capítulo XI.

Si parece en cambio que la respuesta debería ser afirmativa sin duda alguna, respecto a la aplicación del párrafo 3.º del art. 128 para estos casos, es decir responder de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de la sociedad por los contratos celebrados durante esos seis meses, si bien, si no se exige su publicidad será más difícil poner de manifiesto los perjuicios causados por los mismos.

2.6. Disposición Transitoria 8.ª

Por último, con relación a las sociedades unipersonales preexistentes, a las que la *Disposición transitoria octava*, fija el plazo del 1 de enero de 1996 para la presentación de inscripción de su situación en el Registro Mercantil, mediante declaración suscrita con persona con facultad certificante y con firma legitimada ante Notario, cabe preguntarse si en el período del 1 de junio a 1 de enero de 1996 hay que dar publicidad a los contratos a que se refiere el art. 128.

En caso de incumplimiento la sanción será idéntica a la prevista en el art. 129 para las sociedades devenidas unipersonales, es decir, responsabilidad personal, ilimitada y solidaria del socio único a partir de la fecha 1 de enero de 1996.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO UREBA, Alberto

— “La 12.^a Directiva Comunitaria en materia de sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y Jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990”. *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*. Editorial Civitas. Madrid. 1991. Págs. 63 y ss.

ANGEL YAGÜEZ, Ricardo de

— *La doctrina del levantamiento del velo de la Persona Jurídica en la reciente Jurisprudencia*. Editorial Civitas. 1990.

CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la

— “El contrato de sociedad. ¿Crisis del Concepto?”. *Academia Sevillana del Notariado*. Tomo VII. Edersa. 1993. Págs. 421 y ss.

GARCÍA COLLANTES, José Manuel

— “Sociedades Unipersonales: Nuevas Orientaciones”. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo XXXI. Madrid. (Curso 1990-91). Edersa. Págs. 271 y ss.

IGLESIAS PRADA, Juan Luis

— “La Sociedad Unipersonal y el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”. *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Madrid. 1994. Dykinson, S.L. Págs. 907 y ss.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio

— “Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada”. *Revista de Derecho de Sociedades*. Número extraordinario 1994. La reforma del Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Págs. 129 y ss.

SÁNCHEZ RUS, Heliodoro

— “La sociedad Unipersonal”. *La Gaceta de los Negocios*. (La Gaceta de los Negocios. Coopers & Lybrand. Caja de Madrid. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España). Págs. 65 y ss.

**ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA
DE LA NOTIFICACION Y REQUERIMIENTO
FEHACIENTES EN LA NUEVA LEY DE
ARRENDAMIENTOS URBANOS**

213

FRANCISCO CASTRO LUCINI

Notario

Suscita estas líneas lo leído en la separata número 24 del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, en el que se expresa: “En opinión de la Junta de Decanos: ‘hay que hacer la afirmación general de que no es preciso se efectúe notarialmente como requisito de forma los requerimientos y notificaciones que la ley prevé para el ejercicio de ciertos derechos del arrendador y arrendatario... cabe que se practiquen en cualquier forma que resulte fehaciente, por ejemplo duplicado de la comunicación firmado por el destinatario si bien esa forma tiene el peligro de que el firmante después niegue o ponga en duda haber firmado y sea preciso acudir a la prueba pericial. La forma notarial

será siempre conveniente para mayor seguridad. Será necesaria en los casos en que el destinatario no quiera aceptar una carta o comunicación privada. Y también es necesaria, como requisito de forma, en las notificaciones al inquilino o arrendatario del local, a efectos de que pueda ejercitar el retracto, porque el documento acreditativo de haberlas hecho ha de ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 3 L.H.)” (1). Este párrafo es peligroso porque puede conducir, mal interpretado, a conclusiones equivocadas o, al menos, inducir a confusión. Ya es bastante la agresión que desde distintos sectores sufre el documento notarial para, aunque sea de modo indirecto, originar equívocos y posibles tergiversaciones mediante textos poco claros y debidos precisamente a quienes deben esforzarse por contribuir, en todas las oportunidades, a ensalzar el documento notarial y poner de relieve la necesidad del mismo interpretando en tal sentido los términos legales, en vez de aminorar el alcance de éstos. En las actuales circunstancias parece obvio que pocas disposiciones legales se atreverán a exigir claramente la necesidad del documento notarial. Por eso resulta indicado plantearse la interpretación de las expresiones legales, en relación con el término “fehaciente” empleado por el legislador. Me propongo demostrar o, al menos, intentarlo, que tal expresión requiere la intervención notarial o judicial, descartando cualquier posible medio privado. Para ello existen, ya en principio, dos razones importantes: la seguridad jurídica, tan en boga ahora y que ha motivado medidas legislativas criticadas adversamente y tachadas, a mi parecer con razón, de inconstitucionales (2) y el evitar posibles liti-

(1) GARCÍA MÁS, F. J.: “Una aproximación a la nueva Ley 29/1994 de 24 de noviembre, sobre arrendamientos urbanos”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, separata n.º 24, noviembre 1995, pp. 48-49.

(2) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: “Telefax y título, modernización e ilegalidad en el R.D. 2537, de 29 de diciembre de 1994”, en *R.J.N.*, oct.-dic. 1994, n.º 12, pp. 199-235.

gios, dada la situación de bloqueo en los asuntos planteados ante juzgados y tribunales.

El término “fehaciente” deriva de “fe” y “faciente” –luego “haciente”– participio pasivo de presente del verbo hacer, significando lo que hace fe, esto es, lo irrefutable, irrebatible, indiscutible o fidedigno. Y en tal sentido, aludiendo a su acepción forense se expresan el *Diccionario de la Lengua española*, de la Real Academia (3), ESCRICHE (4) quien remite el término al de “instrumento” en el que figura la aclaración de qué debe entenderse por instrumento auténtico: “Dícese auténtico todo escrito, papel o documento que se halla autorizado de manera que haga fe y deba ser creído. La palabra auténtico es griega y vale lo mismo que cosa autorizada o de fe cierta”. Y añade: “Es instrumento auténtico, según GREGORIO LÓPEZ en las glosas de la Ley 1.^a, título 18, Partida III, todo escrito que hace fe por sí mismo y no requiere ningún otro adminículo para su validez”. Entre los cuales no se encuentran, naturalmente, los documentos privados, conforme explicó magistralmente RAFAEL NÚÑEZ LAGOS, cuyas preciosas enseñanzas parecen haberse olvidado: “El documento privado... *reconocido judicialmente* tiene valor únicamente entre los que hubiesen suscrito y sus causahabientes”. Y advierte que en cuanto a la fecha, según el artículo 1.227 del Código civil, la fehaciencia del documento privado en caso de reconocimiento judicial que se precisa, se produce sólo desde dicho reconocimiento, no respecto al contenido, que es anterior en el tiempo a la intervención del juez. Por eso, añade, el documento privado es un hecho por probar siempre, pero nunca una fuente de prueba, pues su contenido inauténtico no está amparado por

215

(3) Fehaciente: “que hace fe en juicio”. Se entiende que por sí solo.

(4) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, París, 1858, p. 687: “Fehaciente: Lo que hace fe en juicio, esto es, lo que tiene *todos* (el subrayado es mío) los requisitos necesarios para que en su vista pueda el juez acceder a lo que a su consecuencia pide la parte. Véase Instrumento”.

ningún precepto, a diferencia de lo que establece el artículo 1.218 para los documentos públicos (5).

ANICETO DE PAGÉS (6) viene a reconocer que se tiene por fehaciente, no al documento privado, sino al documento notarial, citando los textos de BRETÓN DE LOS HERREROS y J. E. HARTZENBUSCH siguientes:

- Diga Vd. Sr. Notario
- Ese papel ¿es auténtico?
- Y fehaciente.

Y el otro,

- Como aún no ví el documento
- fehaciente, no es imprudencia
- Que suspenda mi creencia
- Y con todo miramiento
- Me niegue a tal exigencia

216

Y para terminar las citas, MARÍA MOLINER, en su *Diccionario de uso del español* (Madrid, 1980) señala: “fehaciente. Se aplica a los documentos, testimonios, etc., que prueban de manera indudable”.

De lo expuesto resulta que el documento para ser fehaciente ha de bastarse a sí mismo. Si necesita de otro complementario, ya no tendrá tal carácter de fehaciencia. La única fehaciencia propiamente dicha o genuina, que surte de modo pleno todos los efectos correspondientes a su concepto y contenido del acto, respecto a sus elementos personales, reales y de la actividad, es la realizada judicialmente o por vía notarial, de modo extrajudicial. Tales efectos no los produce una carta enviada particularmente, incluso por correo certificado con aviso de recibo, pues su contenido que-

(5) NÚÑEZ LAGOS, R.: “Hechos y derechos en el documento público”, en *Estudios de Derecho notarial*, t. I, Madrid, 1986, p. 657.

(6) ANICETO DE PAGÉS: *Gran Diccionario de la Lengua Castellana (de autoridades)*, Barcelona s.a., t. III p. 37.

da expuesto a la excepción de documento no leído, la fecha no puede tenerse por cierta (ya que es posible sea ante o postdatada) ni siquiera desde su entrega por el servicio de correos, sobre todo si se entregó a persona distinta de la que aparece como destinataria. E incluso respecto a ésta, si la conserva en su poder sin abrir el sobre ni enterarse de su contenido (v. gr.: por olvido, por traspapelarla). Además, en caso de pérdida, inutilización o extravío quedaría supeditado al ejemplar en poder de la parte contraria.

Veamos ahora las distintas exigencias que aparecen en la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, de 24 de noviembre, cuyo preámbulo no contiene una sola línea que pueda ilustrarnos sobre el particular.

Las expresiones neutras “consentimiento escrito” y “requerir” aparecen en el artículo 8, apartado 2, la primera para que se pueda subarrendar parcialmente y en el artículo 12, apartado 2, para que el cónyuge del arrendatario manifieste si corrobora o no el desestimiento del contrato o la voluntad expresada por el otro cónyuge de no renovarlo. Y de no contestar dentro de 15 días, se extinguirá el arrendamiento.

217

El término “notificada” o “comunicada” o equivalente, sin otro calificativo, se emplea en el artículo 15, apartado 2 en el caso de optar por el uso de la vivienda el cónyuge no arrendatario divorciado o separado judicialmente; en el art. 16, apartado 3, párrafo 2.º (aunque puede sobreentenderse, habrán de ser notificaciones escritas, en relación con el párrafo anterior); y en la disposición transitoria 2.ª, letra D), 11, párrafo 3.º relativo a la actualización anual de la renta, una vez que ésta ya ha sido objeto del requerimiento fehaciente inicial.

La necesidad de “notificación escrita” se establece en los artículos 12, apartado 3, en el caso del cónyuge no arrendatario conviviente con éste, que desee serlo; el 16, 3.º, para la subrogación por fallecimiento del arrendatario; 18, párrafo 3.º, para actualización de la renta, en relación con lo que

resulte del certificado del INE, aclarando que “será válida la notificación efectuada por nota en el recibo de la mensualidad del pago precedente; en el 19, apartado 3, para la elevación de la renta por mejora; en el 22, apartado 2, para la realización de obras por el arrendador; en el 33, párrafo 2.º, en el caso de subrogación por muerte del arrendatario; en la disposición adicional 6.ª, apartado 4, en el caso de inclusión en el censo de arrendamientos urbanos; y en la disposición transitoria 33, letra C), apartado 8, párrafo 2.º, cuando el arrendatario del local de negocio opte por la no aplicación de la revisión de la renta.

218

Se contenta la LAU con “poner en conocimiento” cuando la vivienda precise reparaciones necesarias (artículo 21, apartado 3) y emplea la expresión “requerir”, sin indicar la forma de este requerimiento, para que el cónyuge del arrendatario manifieste si, por renuncia de su consorte, continúa él como arrendatario (artículo 12, apartado 2).

Las expresiones con máxima entidad “notificación fehaciente” y “requerimiento fehaciente” (en cuya distinción no voy a entrar porque es sobradamente conocida y la LAU no se caracteriza por una técnica depurada, ni siquiera normal) se emplean en los artículos 25, apartados 2 y 3, en caso de venta de la vivienda arrendada; 32, apartado 4, en el caso de cesión o subarriendo de la finca en que se ejerza una actividad empresarial o profesional; en la disposición transitoria 2.ª, letra D, 11, para la actualización de la renta de contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y conforme a la regla 6.ª del mismo precepto en el caso de oponerse el inquilino a la actualización; en la disposición transitoria 3.ª, letra C), 6, para la actualización de la renta de los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados antes del 9 de mayo de 1985 y en la letra E), 11, del mismo precepto en el caso de que el arrendador pretendiese celebrar un nuevo contrato con distinto arrendatario antes de haber transcurrido un año a contar desde la extinción legal del arrendamiento.

Si nos fijamos en los diversos supuestos, veremos que la notificación o requerimiento fehaciente se exigen para los de mayor importancia o transcendencia, de los que arrancan otros derechos y obligaciones para las partes. Entre ellos se encuentra la notificación en los casos de venta de la finca arrendada en los que existe derecho de tanteo y retracto a favor del arrendatario. Y, en este supuesto, no tengo noticia de que se haya considerado válida y eficaz la notificación mediante carta certificada con aviso de recibo enviada por el propio arrendador o adquirente de la vivienda, sin intervención notarial. Y no se diga que la razón es la de que en este caso la fehaciencia representada por la intervención notarial se exige en razón a que el acto que la motiva –compraventa– ha de inscribirse en el Registro de la Propiedad, porque no sería el primer caso que en dicho Registro se inscribiesen documentos privados. A mi juicio, la razón fundamental que motiva la exigencia del documento notarial es la de que ha de constar de modo indubitado, en primer lugar, la fecha; y además, la posibilidad cierta del conocimiento por la persona a quien se dirige la notificación o el requerimiento del contenido de éste, lo cual no se logra extrajudicialmente sino mediante la intervención del Notario. Así lo proclama rotundamente el artículo 1.º de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862: “El Notario es el funcionario público autorizado para *dar fe*, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

“Habrá en todo el Reino *una sola clase* de estos funcionarios.”

Como actualmente estamos en una época propicia a eufemismos y confusiones, pocas cosas se llaman por lo que realmente son: los ciegos son “invidentes”; los presos, “internos”; los pobres, “económicamente débiles”; los imposibilitados o incapaces, “disminuidos psíquicos o físicos”; los empleados o trabajadores, “productores”. Por lo que no es extraña la repugnancia a referirse específicamente a los notarios cuando se trata de la atribución de documentación

auténtica y fehaciente, término este último cuyo significado técnico pretende ampliarse, prescindiendo del tradicionalmente admitido, para incluir en su órbita al documento privado. La aberración y el disparate no pueden ser mayores y sus consecuencias perniciosas. Mantener las cosas en sus justos límites y argumentar a favor de la interpretación que considero adecuada han sido el objeto de estas reflexiones.

**LA LEY 2/1994 DE 30 DE MARZO SOBRE
SUBROGACION Y MODIFICACION DE
PRESTAMOS HIPOTECARIOS:
REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS PROBLEMAS
QUE PLANTEA SU APLICACION EN
LA PRACTICA NOTARIAL Y REGISTRAL**

221

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ ALVAREZ

Notario

SUMARIO: **I.** CUESTIONES COMUNES A LA NOVACIÓN MODIFICATIVA Y A LA SUBROGACIÓN: NECESIDAD O NO DE PROCEDER A LA MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA RESPECTO A LA COBERTURA DE LOS INTERESES GARANTIZADOS. **II.** MODIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS A LA BAJA CON MANTENIMIENTO O CONVERSIÓN DEL CARÁCTER INICIAL DEL INTERÉS QUE SE MODIFICA: EXAMEN DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS. **A.** Modificación del tipo de interés a la baja en los préstamos hipotecarios a interés fijo, transformándose y adquiriendo tras la modificación el carácter de interés variable. **B.** Cambio

de interés variable a interés fijo. **C.** Modificación del tipo de interés a la baja en los préstamos hipotecarios a interés fijo, manteniendo y conservando tal carácter. **D.** El tipo de interés inicialmente pactado con el carácter de variable se reduce y mantiene con igual carácter de variable. **III.** POSTERIOR MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA RESPECTO A LOS INTERESES GARANTIZADOS: EFECTOS CON RELACIÓN A TERCEROS ADQUIRENTES O POSEEDORES DEL INMUEBLE HIPOTECADO DEL DERECHO REAL INMOBILIARIO HIPOTECADO Y/O TITULARES DE HIPOTECAS Y/O EMBARGOS INSCRITAS Y/O ANOTADOS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD CON ANTERIORIDAD A LA REGISTRACIÓN DE LA MODIFICACIÓN DE LA NUEVA COBERTURA HIPOTECARIA. **IV.** RÉGIMEN FISCAL Y ARANCELARIO: EXAMEN PARTICULAR Y PARCIAL DE LOS ARTÍCULOS 7, 8 Y 9 DE LA LEY REGULADORA. **A.** Aspectos fiscales de la Novación Modificativa. **B.** Aspectos fiscales de la modificación del plazo sin que conjuntamente se modifiquen las condiciones en cuanto al tipo de interés, mejorándolas por reducción y a la baja. **C.** Aranceles notariales y Novación Modificativa. **D.** Cuestiones arancelarias comunes a la Subrogación y a la Novación Modificativa. **E.** Honorarios notariales en la Subrogación. **F.** Aspectos fiscales de la Subrogación. **V.** POSIBILIDAD DE CONVENIR LA ALTERACIÓN DEL PLAZO EN LA SUBROGACIÓN. **VI.** NATURALEZA DE LA SUBROGACIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY REGULADORA. POSIBILIDAD DE EXCLUSIÓN Y RENUNCIA A LA MISMA. **VII.** SUBROGACIÓN PARCIAL: EXAMEN DE DISTINTOS SUPUESTOS. SUBROGACIÓN PARCIAL E HIPOTECA, CUYA TITULARIDAD ACTIVA, SE LES TRANSMITE A CADA UNA DE LAS ACREEDORAS QUE LO SON POR EFECTO DE LA SUBROGACIÓN PARCIAL. **A.** Subrogación parcial: Examen de distintos supuestos. **B.** Subrogación parcial e hipoteca, cuya titularidad activa, se les transmite a cada uno de los acreedores que lo son por efecto de la Subrogación parcial. Art. 1.212 del Código civil.

I. Cuestiones comunes a la Novación Modificativa y a la Subrogación: Necesidad o no de proceder a la modificación de la responsabilidad hipotecaria respecto a la cobertura de los intereses garantizados

Se puede plantear tanto en la Subrogación como en la Novación Modificativa, si una vez modificados los tipos de interés, resultando éstos mejorados por reducción y a la baja de los mismos, se impone o no necesariamente modificar su responsabilidad o cobertura hipotecaria, a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés vigente y convenido.

En principio, el tipo de interés resulta mejorado al haber reducido o bajado el tipo anterior, por lo que resultan garantizados unos intereses a un tipo superior al nuevo y vigente que no corresponde, y por tanto cabría defender la necesidad de modificar la cobertura o responsabilidad hipotecaria respecto a los mismos, basado en los siguientes argumentos:

1. El Registro de la Propiedad en cuanto institución que está al servicio de la seguridad en el tráfico jurídico, ha de tener como vocación y entre sus fines, el de coadyuvar a alcanzar la exacta correspondencia y adaptación de la realidad jurídica extrarregistral con la realidad jurídica registral, a fin de que la realidad jurídica registral que publica coincida con la realidad jurídica extrarregistral.

2. Puede originar confusión e inducir a error el Registro, y todo el sistema de publicidad debe tratar de evitarlo; y muy por el contrario, tener entre sus fines el de alcanzar la transparencia, claridad e exactitud. Lo que publique el Registro de la Propiedad, lo sea con toda transparencia.

3. Por exigencia del principio de especialidad, entendiendo que este principio se debe cumplir siempre, durante y a lo largo de la vida del préstamo hipotecario, mientras esté vivo y vigente el derecho real de hipoteca.

4. Que necesariamente habrá que modificar la cobertura hipotecaria por intereses, cuando como por consecuencia de

la reducción a la baja del tipo de interés, la responsabilidad hipotecaria por intereses que conste registrada, sea superior o exceda de la que correspondería a la máxima legalmente posible y admitida conforme a los arts. 114 y 115 de la L.H., calculada con arreglo al nuevo tipo de interés reducido. Ejemplo: Se aseguran inicialmente intereses de cinco años al tipo del 10% sobre un capital de tres millones; bien así, o fijando su cuantía directamente. Y ahora el nuevo tipo de interés es al 8%. Resulta a primera vista evidente que con arreglo a la cobertura hipotecaria que resulta registrada, se están asegurando y a partir del nuevo cambio a la baja del tipo de interés, unos intereses por una cantidad superior a la máxima legalmente permitida.

5. Que la inscripción de la modificación de los intereses y del plazo, solamente es necesario para que produzca sus efectos en perjuicio de terceros; o sea, para tratar de hacerlo valer en perjuicio de los mismos. En definitiva, para que este cambio sea ponible a tercero. Y en el caso que nos ocupa, no le puede perjudicar en modo alguno, ya que los intereses están reduciendo a la baja. Y a ello se le puede objetar lo siguiente:

Si bien es cierto que no le perjudica, no es menos cierto que tampoco le beneficia. Y la no modificación de la cobertura hipotecaria respecto a los intereses consecuencia de la bajada de los mismos, pueden inducir a confusión o error a un tercero, creyendo asegurados intereses por una cantidad que no corresponde. Y el no hacerlo, puede constituir un obstáculo a la circulación de tráfico de bienes; toda vez que el tercero al consultar registralmente la cobertura hipotecaria por intereses, podría sufriendo error, desmotivarle la adquisición que podría pretender.

6. Que la hipoteca en cuanto supone un derecho real de garantía accesoria o dependiente del crédito garantizado, debe rectificarse una vez que se modifique el crédito, y proceder por tanto a cambiar la cobertura hipotecaria por los intereses garantizados, aun y cuando el tipo de interés se

reduzca, a fin de adaptar la responsabilidad hipotecaria por intereses al nuevo tipo reducido.

Considero que pese a las razones dichas, no se impone necesariamente la revisión o modificación de la cobertura hipotecaria que esté registrada respecto a los intereses inicialmente garantizados por la hipoteca, una vez después y tras reducir el tipo de interés aplicable en lo sucesivo al préstamo hipotecario, a fin de adaptar la cobertura hipotecaria respecto de los intereses, al nuevo tipo de interés reducido y convenido. Y ello por lo siguiente:

1. Los principios registrales no pueden ser fines en sí mismos considerados, han de estar al servicio de fines concretos. En el caso que nos ocupa, los tipos de interés se reducen a la baja, con lo que ningún perjuicio se le puede causar al tercero, ya que en todo caso se reclamarán, habida cuenta que ha bajado el tipo de interés en vía ejecutiva y mediante el ejercicio de la acción real hipotecaria, intereses por importe inferior a los que resultan inicialmente garantizados con la cobertura hipotecaria que respecto de los mismos consta inscrita.

2. Además, en tanto que la modificación novativa y la subrogación en el préstamo son supuestos de novación impropia y no extintiva, no suponen que modificado éste se extingan las garantías inicialmente constituidas en seguridad del mismo al no extinguirse el préstamo, y a contrario de los efectos que se podrían derivar de una novación extintiva (art. 1.207 del Cod. civil). Y si bien la prórroga del plazo es supuesto de modificación novativa y extingue la fianza (art. 1.851 del Cód. civil), no constituye una excepción; ya que la causa de la extinción de la fianza no es la novación de la obligación que garantiza, sino en que la prórroga agrava la posición y la situación del fiador en su condición de tal.

3. Que en principio, cualquier modificación del tipo de interés, plazo, etc., no es necesario hacerla constar en el Registro, la inscripción no es obligatoria ni necesaria. Eso

sí, será conveniente que tal modificación tenga entrada al Registro de la Propiedad mediante el oportuno asiento de inscripción, para que tal modificación sea oponible a tercero, para hacerla valer en perjuicio del mismo. En definitiva, para que surta y produzca todos sus efectos contra y en perjuicio de terceros.

4. Como pone de manifiesto BLANQUER UBEROS, la responsabilidad o cobertura hipotecaria por intereses, participa de las mismas características de una hipoteca de máximo en garantía de obligación futura. El importe total máximo de intereses que en su día se puedan reclamar en vía ejecutiva mediante el ejercicio de la acción real hipotecaria, sólo podrá tener efectividad hasta el máximo asegurado (art. 114 de la L.H.) y los que excedan de este importe, por acción personal, teniendo el acreedor la condición de escriturario, conforme al art. 147 de la L.H. Que no existe obstáculo a la fijación directa de una cifra máxima, constituyendo una alternativa a la fórmula del art. 114 de la L.H. Cuestión distinta será, que dicha cifra concretada de manera directa no puede ser superior ni exceder de la que resulta de un cálculo simple de intereses por un tiempo (arts. 114 L.H. y 220 R.H.).

5. Entre las cinco circunstancias que deberá expresar la nota marginal como asiento por medio del cual va a tener entrada en el Registro de la Propiedad y conforme al art. 5 de la Ley Reguladora, la subrogación convenida en escritura pública, no figura la necesaria modificación de la responsabilidad hipotecaria en lo que afecta a la cobertura hipotecaria inicial respecto a los intereses garantizados que consta y figura registrada, a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés pactado inferior y más reducido. Y si la propia Ley en su art. 5, no exige modificar en modo alguno la responsabilidad hipotecaria, cabe preguntar si se trata de un olvido casual o más bien intencionado por no considerarlo necesario. Particularmente me inclino por lo último, por considerar la Ley que la cobertura hipotecaria inicialmente inscrita res-

pecto a los intereses garantizados, era suficiente de por sí y bastante para seguir en el futuro garantizando los que se devenguen con arreglo al nuevo tipo de interés inferior y más reducido; que tal cobertura ya registrada, cumple y responde a todas las posibles exigencias que los distintos intereses en juego podrían demandar. Además, teniendo en cuenta que cualquier modificación en la cobertura hipotecaria origina un hecho imponible sujeto a tributación y no exento por el concepto de A.J.D. (art. 31, número 2 del Texto Refundido de la Ley de T.P. A.J.D.), y como quiera que no existen razones que justifiquen tal necesaria modificación por lo que a la responsabilidad hipotecaria atañe, la Ley no incluyó en su art. 5 el requisito o exigencia de modificar la responsabilidad hipotecaria respecto de los intereses garantizados.

Cabe además preguntarse si tal modificación, de ser necesaria o de modificarse voluntariamente, bien sea para reducir o bien sea para gravar la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados, se hará constar en el Registro de la Propiedad por medio de un asiento de nota marginal.

Lo dicho respecto a la subrogación, creo que cabe asimismo respecto a la Novación Modificativa; por una y otra vía se modifica el tipo de interés mejorándolo y a la baja. ¿Cuál será el asiento a practicar en el Registro, y a través del cual tendrá entrada la modificación del tipo de interés y del plazo? Considero que tal modificación se hará constar asimismo por medio de nota marginal al margen de la inscripción hipotecaria; ello por aplicación analógica del art. 5 de la Ley que así lo establece y señala respecto de la subrogación, operación ésta más compleja técnica y jurídicamente hablando que la simple Novación Modificativa; y además, porque tanto la subrogación como la Novación Modificativa, son supuestos de novación impropia y no extintiva, que la nueva Ley proporciona como medios idóneos para la consecución de los fines propuestos, y de los que se pueden servir los acreedores y deudores hipotecarios, esto es,

los medios para convenir la mejora de las condiciones del tipo de interés.

6. De ser necesaria obligatoriamente la modificación de la responsabilidad hipotecaria como consecuencia de la modificación por reducción y a la baja del tipo de interés vigente y aplicable, a fin de adaptarla al nuevo tipo y proceder por tanto a la disminución o ampliación de la cobertura hipotecaria inicialmente registrada respecto de los intereses garantizados, considero que una de las consecuencias negativas, perjudiciales y no deseadas que de la misma se derivarían, sería la relativa a la sujeción a gravamen de tal modificación (bien para ampliarla o bien para disminuirla) por el concepto de A.J.D., al reunir todos los requisitos del art. 31, número 2, del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993, generando un acto liquidable por tal concepto y al tipo del 0,50% sobre la base liquidable correspondiente al aumento o disminución que experimenta la cobertura hipotecaria con relación a la anteriormente inscrita. Por todo ello, además de considerar objetiva y legalmente innecesaria tal modificación, voy a tratar de argumentar la innecesariedad de la misma.

228

Hay quienes opinan que al ser necesaria tal modificación de la responsabilidad hipotecaria, por ser consecuencia necesaria de la modificación del tipo de interés, la exención por A.J.D. viene concedida en los arts. 7 para la subrogación y en el 9 para la Novación Modificativa. Por el contrario considero, que ya se efectuara la modificación necesariamente si lo fuere, o voluntariamente porque se desee y convenga, no estará exenta en modo alguno de la modalidad gradual de A.J.D. sobre documentos notariales, y ello por los siguientes argumentos:

a) Tal modificación de la responsabilidad hipotecaria ni es consecuencia ni es necesaria.

b) Los beneficios fiscales han de ser objeto de interpretación estricta y restrictiva. Queda vetada pues la posibilidad de acudir a la interpretación extensiva y a la aplicación analógica.

c) Lo que los arts. 7 y 9 conceden, es la exención en la modalidad de A.J.D. a las escrituras que documenten y tengan por objeto la sola modificación del tipo de interés, o la simultánea modificación de éste y del plazo. No la ampliación o reducción de la cobertura hipotecaria registrada; a estos supuestos, no se extienden las exenciones que en los mismos se conceden.

d) Si se amplía o disminuye la cobertura hipotecaria, se está modificando algo más que la simple modificación por reducción y a la baja del tipo de interés vigente.

e) Y la posición de quienes argumentan que la exención por el gravamen gradual de A.J.D. que conceden los arts. 7 y 9 de la Ley Reguladora, es precisamente por la modificación de la cobertura hipotecaria que respecto a los intereses garantizados consta registrada y cuya modificación se hace necesaria a fin de adaptarla al nuevo tipo reducido, toda vez que la simple modificación del tipo de interés no es un acto sujeto al concepto de A.J.D., la considero rebatible por lo siguiente:

i) La modificación del tipo de interés en sí y por sí solamente, con el Texto Refundido de la Ley de T.P. A.J.D. en la mano y leyendo el art. 31, número 2, la considero sujeta y no exenta. Exenta estará solamente la modificación del tipo de interés y a la baja, de préstamos hipotecarios por vía de Subrogación o Novación Modificativa en que se cumplan todos los requisitos que la Ley Reguladora exige e impone, particularmente los contemplados en el art. 1 para la subrogación y en el art. 9 para la novación. Todas las modificaciones del tipo de interés bien al alza o a la baja de préstamos hipotecarios que no reúnan los requisitos de los arts. 1 y 9, quedarán efectivamente sujetas a tributación y gravamen y no exentas, por el concepto de A.J.D. y al tipo del 0,50%; siempre y cuando se den y reúnan los requisitos del art. 31, número 2 del Texto Refundido, y no proceda la exención cuando ésta tenga lugar por aplicación de los arts. 7 y 9 de la Ley Reguladora.

ii) Este parece ser el criterio seguido por las autoridades tributarias y fiscales competentes en el ámbito de alguna de las Comunidades Autónomas, particularmente y según tengo noticias en la de Castilla-León.

iii) Un argumento más de que tal modificación del tipo de interés es un acto liquidable sujeto y no exento (salvo cuando proceda la exención por haber sido expresamente concedida, como por ejemplo en el ámbito de la nueva Ley en que se reúnan todos los requisitos que en su articulado se impone), lo ofrece el propio art. 9 que regula la Novación Modificativa. En efecto, el primer párrafo *in fine* establece, que conjuntamente con esta mejora (de interés) se podrá pactar la alteración del plazo. De una interpretación a contrario, de dicho párrafo se deduce, que la alteración del plazo estipulado solamente y como único objeto, y al margen de una mejora del tipo de interés, tributa y queda sujeto y no exento por A.J.D. al tipo del 0,50% sobre la base determinada por la suma de la total responsabilidad hipotecaria. Y si dicho párrafo establece la posibilidad de convenir conjuntamente con la mejora de interés la alteración del plazo, no lo hace a efectos sustantivos civiles e hipotecarios y en términos de posibilidad; pues posible sería tanto si lo estableciera como si no, con arreglo a la nueva Ley o sin ella, y tanto antes como ahora. Si prevé tal posibilidad, lo hace por razones fiscales y a los efectos de conceder la exención por A.J.D. a la alteración del plazo, que se convenga simultáneamente y tenga lugar conjuntamente con el pacto de modificación de intereses a la baja. Así se deduce y basta con leer como lo intitula la Ley: Art. 9. Beneficios Fiscales y Honorarios, etc., etc. Por lo que la modificación convenida que tenga por objeto solamente la alteración del plazo quedará efectivamente sujeta y no exenta por el concepto y gravamen gradual de A.J.D.

Y de todo ello se deduce, que si la alteración del plazo en los préstamos hipotecarios, bien ampliándolo o bien reduciéndolo, está sujeto a A.J.D. por reunir los requisitos del

art. 31, número 2 del Texto Refundido, lo está también el de la modificación del tipo de intereses (salvo los casos en que se concedan la exención como en los supuestos y con los requisitos contemplados en la nueva Ley) en los préstamos hipotecarios, por reunir todos los presupuestos de sujeción a A.J.D. Y aún más justificado si cabe en el supuesto de alteración del plazo, pues el carácter patrimonial al tener por objeto “cantidad o cosa valuable (el interés que se modifica) se acentúa más.

7. Convendría no mezclar, a la vez que separar y distinguir, dos planos distintos y absolutamente diferentes:

a) El plano personal y la eficacia obligacional por lo que al préstamo se refiere, y respecto del cual se requiere la capacidad general para contratar y obligarse.

b) La eficacia real o hipotecaria en lo que atañe o afecta a la garantía hipotecaria inscrita, constituida en seguridad del préstamo, y respecto a la cual tanto para constituiría como para modificarla o ampliarla, se requiere la capacidad para disponer.

8. La reducción del préstamo que tenga lugar como consecuencia de amortizaciones parciales anticipadas (por haberse convenido así en la escritura de préstamo hipotecario o por consentirlo el acreedor), supone una modificación que no presupone en modo alguno una cancelación parcial y expresa de la hipoteca, se produce una pura y simple modificación o alteración en cuanto al *quantum*, que deja intacta y subsistente la hipoteca, y lo único que provoca es una modificación por reducción de la responsabilidad hipotecaria en cuanto al principal o capital asegurado con la carga hipotecaria que recae sobre la finca. La extinción parcial de la obligación garantizada, no provoca por sí mismo y salvo que el acreedor lo consienta, una extinción parcial de la hipoteca; o sea, una liberación de la hipoteca a parte de la finca. Sólo consintiendo el acreedor, cabrá liberar de la hipoteca a una porción o parte de la finca hipotecada. Y la modificación de la responsabilidad hipotecaria que se produ-

ce, consecuencia de la reducción del capital del préstamo, se podrá hacer constar en el Registro de la Propiedad por medio de nota marginal según dispone el art. 240 *in fine*. Dicho precepto no impone, y del mismo no se deduce, que sea preciso modificar las restantes coberturas hipotecarias a fin de adaptarlas a la modificación producida por reducción del capital del préstamo garantizado con la hipoteca. Ni tan siquiera impone obligatoriamente que se haga constar en el Registro de la Propiedad, se limita a decir que, “podrá hacerse constar por nota al margen de la inscripción hipotecaria”... etc.; quedando además vigente, subsistente e íntegramente, la hipoteca, que seguirá gravando la totalidad de la finca.

Así se deduce además del art. 122 de la L.H.:

“La hipoteca subsistirá íntegramente, mientras que no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada”.

232

INTEGRAMENTE.— Considero que con este término, el art. 122 de la L.H. se está refiriendo a la subsistencia en cuanto al *quantum*; o sea, a la responsabilidad hipotecaria. Dicho de otro modo, a la subsistencia de las distintas coberturas hipotecarias inicialmente registradas que no se modifican, y que aseguran separadamente los distintos conceptos garantizados (capital, intereses ordinarios, intereses de demora, costas y gastos).

TOTALIDAD.— Con este término considero que la Ley se está refiriendo, a la subsistencia de la hipoteca por lo que respecta al volumen o a la extensión objetiva del gravamen; esto es, a la finca objeto de la hipoteca, sobre la que ésta recae y que la misma grava.

Y si la reducción de la obligación garantizada (del préstamo) que puede tener lugar como consecuencia de un pago parcial no determinante de la cancelación parcial de la hipoteca, tiene o puede tener acceso al Registro de la Propiedad mediante nota marginal, sin necesidad de liberar de la hipoteca a una parte de la finca, y sin necesidad de modi-

ficar las coberturas hipotecarias inicialmente registradas respecto a los intereses ordinarios y/o de demora y de costas y gastos (como anteriormente expuse). ¿Por qué la modificación del tipo de interés del préstamo garantizado con la hipoteca, ha de provocar que necesariamente se modifique ésta; o sea, la cobertura hipotecaria que respecto a los intereses asegurados consta inicialmente registrada, y a fin de adaptarla al nuevo tipo reducido?

9. Examinando la modificación del tipo de interés por reducción y a la baja, en relación y en combinación con los distintos supuestos que se pueden plantear atendiendo al carácter del tipo de interés inicial del préstamo y el nuevo que resulte y en el que se pueda convertir tras la modificación, no parece existir problema alguno en que se mantenga y subsista la inicial cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados. La garantía hipotecaria inicialmente registrada parece suficiente y bastante, sin que demande una modificación de la cobertura hipotecaria y por tal motivo, respecto a los intereses garantizados. Los posibles supuestos serán posteriormente objeto de examen: El tipo de interés inicialmente fijo, se mantiene con el mismo e igual carácter de fijo; cambio de interés fijo en interés variable; cambio de interés variable en interés fijo; y por último, el supuesto en que el tipo de interés inicialmente variable, se mantiene y permanece variable sin perder tal carácter, si bien reduciendo el tipo.

• 10. Si fuera necesaria modificar la cobertura hipotecaria respecto de los mismos, a fin de adaptarla a los nuevos tipos de interés, podrían ser peores las consecuencias, además de inútiles y perturbadoras, al no obedecer a causa, fin o razón que justifique la necesidad de modificación. Se podría limitar muy mucho la aplicación de la nueva Ley de S.N.M.P.H., haciéndola prácticamente inútil e inaplicable en el caso de que la finca hipotecada pasara a manos de un adquirente o tercer poseedor; ejemplo: Se transmitió el usufructo con posterioridad a la hipoteca, habiéndose hipoteca-

do el pleno dominio, o existen titulares intermedios de derechos reales inscritos, etc.

11. Siguiendo a BLANQUER UBEROS, resulta patente la rigidez del tenor literal del art. 114 de la L.H. que regula la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados, inspirado en el préstamo clásico y pensado para la hipoteca ordinaria o de tráfico. Hubiera sido deseable a la vez que buena oportunidad, el que con ocasión de la promulgación de la nueva Ley, se hubiera modificado simultáneamente el art. 114 de la L.H., a fin de regular dos aspectos confusos en la actualidad:

Un aspecto referente al principio de especialidad hipotecaria, fijando la responsabilidad a que queda sujeto el bien hipotecado; y ello se hubiera satisfecho diciendo, que la hipoteca constituida en garantía de un préstamo que devengue intereses, garantizará éstos hasta la cifra máxima que al efecto se establezca.

234

El otro aspecto referente al importe de la cantidad máxima de los intereses garantizados, que el acreedor y al amparo de la acción y preferencia hipotecaria podrá reclamar en vía ejecutiva; y ello se podría haber solucionado diciendo, que al amparo de la responsabilidad hipotecaria fijada, no se podrá en vía ejecutiva y por acción hipotecaria reclamar los intereses que excedan de los devengados durante un período de tiempo que se estimara oportuno, sin perjuicio de poder reclamar los demás devengados por acción personal y de ser considerado acreedor escriturario.

Pues bien, como tales modificaciones hasta la fecha aún no han tenido lugar, se impone y hace necesario una labor de esfuerzo interpretativo de acuerdo a “la realidad social del tiempo en que han de aplicarse” (art. 3 del Cód. civil) las normas hipotecarias (arts. 114, 115 y 144 de la L.H. y arts. 220 y 240 del R.H.) y de las correspondientes cláusulas inscritas de las escrituras públicas en que se formalizaron los préstamos garantizados con hipoteca, y que ahora sus tipos de interés se modifican.

Los argumentos dados bajo los números 9 y 10 anteriores, en defensa de la no necesidad de modificar la cobertura hipotecaria inicialmente registrada respecto a los intereses garantizados, serán a continuación objeto de examen en epígrafes separados.

II. Modificación del tipo de interés a la baja con mantenimiento o conversión del carácter inicial del interés que se modifica: Examen de los distintos supuestos

A. Modificación del tipo de interés a la baja en los préstamos hipotecarios a interés fijo, transformándose y adquiriendo tras la modificación el carácter de interés variable.

La cobertura hipotecaria que garantiza el pago de los intereses, en los préstamos hipotecarios con interés fijo, puede quedar determinada con arreglo a las siguientes especificaciones:

a) Se aseguran intereses ordinarios por el plazo de tres años.

b) Se aseguran intereses ordinarios de tres años al tipo de interés del 10% anual.

c) Hasta trescientas mil pesetas por intereses de tres años, al tipo del 10% anual.

d) Hasta un máximo de trescientas mil pesetas por intereses ordinarios, garantizados por la hipoteca. (Se fija una cantidad global máxima directamente, con arreglo a lo dispuesto en el art. 220 del R.H.).

En los dos primeros casos, cabe entender que los intereses garantizados (arts. 220 R.H. y 114 y 115 de la L.H.), resultan de un cálculo simple de intereses con arreglo a la clásica fórmula de $CxRxT: 100$.

Cabe entender (en un ejemplo en que se garantizan intereses de tres años para un capital de un millón y a un tipo del 10% anual) que se garantizan intereses de tres años

hasta un máximo de trescientas mil pesetas; sea cual fuere el nuevo tipo reducido, y las posibles fluctuaciones o cambio del tipo de interés habida cuenta de su condición variable.

En definitiva, cabe entender aunque no se diga, que se está haciendo una determinación directa y máxima de intereses por vía del art. 220 del R.H. O sea, que se está fijando una cantidad directa y global, vía del art. 220 del R.H. que se puede obtener por un simple cálculo matemático de intereses simples.

En definitiva, tres años de intereses al tipo del 10% nominal anual para un capital de un millón de pesetas, resultan unos intereses garantizados por trescientas mil pesetas; o lo que es igual, cabe considerar en un esfuerzo interpretativo, que se garantizan hasta un máximo de trescientas mil pesetas por un plazo de tres años; y que al transformarse el interés fijo en variable, no habría un mayor obstáculo en pensar que se consideran garantizados por la cobertura hipotecaria fijada respecto a los intereses que aseguran hipotecariamente intereses de tres años hasta el máximo de trescientas mil pesetas, sea cual fuere el nuevo tipo y las fluctuaciones del mismo en lo sucesivo.

En el caso de c), (hasta trescientas mil pesetas por intereses de tres años, al tipo del 10% anual), al transformarse el interés fijo en variable, además de todo lo dicho, cabe pensar que lo que se garantizan son tres años de intereses hasta un máximo de trescientas mil pesetas, al tipo de interés que como quiera que se reduce (al menos inicialmente), no presenta problemas sobre posibles perjuicios para terceros. Y la determinación del tipo al 10%, cabe pensar que no se aseguran intereses que se devenguen solamente al tipo del 10%, sino que el tipo del 10% es el tipo de interés máximo al que se devenguen los nuevos intereses garantizados; es el dato *a priori* necesario, que sirve de ayuda y comodín, para hallar el resultado de la operación con arreglo al cual y en base a la fórmula matemática de todos conocida que permite el cálculo de intereses simples. Toda vez

que en caso contrario, no se podría calcular ni efectuar la operación del cálculo simple de intereses; ya que para resolverla, es necesario conocer todos los datos variables (c , r y t); de otro modo resultaría una ecuación con dos incógnitas, imposible de resolver matemáticamente (se podría conocer c , t y 100; pero al ignorar r , no se podría saber el resultado total de los intereses I).

O sea, que la especificación del 10%, no supone ni implica que pretenda garantizar intereses al tipo del 10% solamente; sino que el 10% es dato a priorístico y necesario que matemáticamente necesitamos y del que nos servimos, para efectuar el cálculo total de intereses resultantes: I .

Si de un tipo fijo del 10% pasamos a uno variable del 8% anual, y en sucesivas fluctuaciones no pasa ni supera el tipo de interés del 10%, la cuestión resulta más fácil de resolver, y en principio no parece que plantee problema alguno.

237

En el último supuesto, cuando en la escritura de hipoteca se hubiera fijado directamente una cantidad global para responder del pago de intereses, en cuyo caso no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades. Procede en este caso y en último lugar saber la duración del plazo de los intereses asegurados, lo que resulta fácil sabiendo el tipo de interés. Como quiera que era fijo y a un tipo del 10%, el plazo t , será igual a $I \times 100 : c \times r$. (En el ejemplo propuesto, $300 \times 10 : 1.000.000 \times 10 =$ tres años).

Cabe pensar que la cobertura hipotecaria por intereses inicialmente registrada, asegura intereses de tres años al tipo del 10% y hasta un importe máximo de trescientas mil pesetas, y la solución ha de ser la misma que lo dicho con anterioridad para los supuestos contemplados. Que la hipoteca, con arreglo a la cobertura hipotecaria fijada asegura intereses hasta el límite de la cantidad máxima de trescientas mil pesetas y todos los devengados a un tipo de interés igual o inferior al 10% inicialmente fijado, nunca superior a ese tipo, y sólo los devengados dentro del “máximo tempo-

ral” inicialmente fijado o calculado con arreglo a la fórmula: $t = I \times 100 : t \times r$. O lo que es igual, en el ejemplo propuesto, la hipoteca que garantiza la posibilidad de reclamar una cantidad máxima de intereses, correspondientes a los devengados en un período de tres años hasta una cantidad máxima de trescientas mil pesetas, que hubiesen sido devengados a un tipo de interés máximo del 10% anual (admitiendo la posibilidad de reclamar por acción real hipotecaria, los devengados a un tipo de interés inferior a ese 10%, y nunca los devengados a un tipo superior al mismo, como tipo de interés inicialmente fijado como máximo).

238

Cabe pues pensar, que el tipo del 10% es el tipo de interés que queda fijado para lo sucesivo a efectos hipotecarios respecto a terceros como tipo de interés máximo anual, con arreglo al cual quedan garantizados los intereses cubiertos con la hipoteca y susceptibles de ser reclamados en vía ejecutiva, mediante el ejercicio de la acción real hipotecaria.

Esta interpretación, creo que es la más adecuada y la que mejor cohonesto con todos los intereses en juego; ya que en la interpretación anterior, al quedar fijado el “máximo temporal”, y “la cantidad máxima asegurada” (trescientas mil pesetas de intereses por tres años), permitiría reclamar intereses a un tipo superior del inicialmente pactado y que se modifica, al no especificarse el tipo porcentual máximo. Y que no cabría en modo alguno, y habría de considerarse como inadmisibile en el supuesto caso de existencia de titulares intermedio de derechos reales inscritos (embargos y/o hipotecas).

De manera que cabe entender y con poco esfuerzo interpretativo, que la hipoteca garantiza los intereses devengados por el máximo temporal que ya consta anteriormente registrado, al tipo de interés vigente en cada momento, y hasta el tipo de interés máximo fijado en la cobertura hipotecaria inicialmente registrada y que no se modifica.

Será preciso hacer constar y reflejar en la escritura de modificación, y a los efectos de su ulterior registración, que

el interés anteriormente registrado es el tipo que se fija a efectos hipotecarios (sin que quepa distinguir entre partes y respecto a terceros. Resolución la D.G.R.N. de fecha 16 de febrero de 1990) como tipo de interés máximo anual y como “máximo porcentual”, con arreglo al cual se aseguran los intereses máximos garantizados por la hipoteca; o sea, fija el importe de la cantidad máxima asegurada por intereses con la hipoteca.

Y esta simple especificación, no perjudica en modo alguno a los terceros titulares intermedios de derechos reales inscritos con anterioridad a la modificación del tipo de interés, particularmente a hipotecas y/o embargos, toda vez que no se agrava la cobertura hipotecaria.

Se considerará que la hipoteca asegurará intereses hasta el máximo temporal inicialmente registrado, que a estos efectos se considerará como máximo porcentual, garantizando los intereses devengados al tipo que aplicable en cada momento siempre que no supere dicho máximo porcentual; con lo que cualquier modificación a la alza, es inoponible a tercero, y no queda garantizado con la hipoteca. Mientras que si la fluctuación es a la baja, la entidad acreedora viene obligada a aplicarlo, no pudiendo invocar la falta de inscripción por ser parte y no tercero; el tercero que podría ignorar la baja, es tercer adquirente del crédito hipotecario, si el nuevo tipo de interés modificado no estuviera inscrito.

La opinión de considerar que el tipo de interés inicialmente determinado en la cobertura hipotecaria (interés fijo), funcionará en el préstamo que se modifica a interés variable como tipo de interés máximo a efectos hipotecarios, la considero acertada por lo siguiente:

- 1) Se cohonesta con las finalidades pretendidas por la Ley y por el deudor al convenir la modificación del tipo de interés, toda vez que se está mejorando el tipo por reducción y a la baja, por lo que no podrían quedar garantizados intereses a un tipo superior al que se modifica (caso de que como consecuencia de fluctuaciones en el mercado, el tipo

de interés que ahora se reduce experimentara una subida o incremento superior al que ahora se modifica). Toda vez que no está comprendido ni está dentro de la cobertura hipotecaria registrada inicialmente. Y sin perjuicio de que puedan quedar garantizados, o mejor que sean susceptibles y se puedan garantizar los devengados a un tipo superior como consecuencia de fluctuaciones de mercado y al alza, pero en tal supuesto, será necesario que previamente y sin perjuicio de los derechos reales intermedios inscritos (hipotecas y/o embargos), y del necesario consentimiento de los adquirentes o terceros poseedores de la finca hipoteca o del derecho real inmobiliario hipotecado, se hubiera modificado la responsabilidad o cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados, agravando o incrementando la cobertura hipotecaria respecto a los mismos. Y eso sí, previo pago del impuesto correspondiente que se devengue como consecuencia de la modificación de la cobertura hipotecaria inicialmente registrada, bien sea incrementándola o bien reduciéndola. Pues considero que toda modificación de la responsabilidad hipotecaria, bien por ampliación o ya por reducción, genera un acto liquidable sujeto efectivamente a tributación por el concepto de A.J.D., por darse todos los requisitos del art. 31, n.º 2 del Texto Refundido de la L.I.T.P. A.J.D., y al tipo del 0,50%; siendo la base liquidable, la cantidad correspondiente al incremento o disminución de la cobertura hipotecaria.

Y ocurre, que habrá ocasiones en que no obstante la modificación por reducción y a la baja del tipo de interés, al acreedor le convendrá llevar a efecto la modificación de la responsabilidad hipotecaria, en virtud de acuerdo con el propietario de la finca hipotecada o titular del derecho real inmobiliario hipotecado (generalmente deudor hipotecario), incrementando y agravando la cobertura hipotecaria inicialmente registrada respecto a los intereses garantizados. Como ocurriría si de un tipo de interés fijo se pasa a interés variable, y ello a fin de asegurar los intereses que en el futu-

ro podrían devengarse, como consecuencia de posibles fluctuaciones en el mercado a la alza y a un tipo superior que rebase el inicialmente pactado, que sirvió de base para configurar la cobertura hipotecaria inicialmente registrada respecto a los intereses garantizados. Ya que en el caso de no haberse modificado por ampliación y agravamiento la responsabilidad hipotecaria, fijando un nuevo tipo de interés superior que funcionaría como máximo porcentual, los intereses devengados al tipo aplicable en cada momento y a un tipo superior al que sirvió de base para configurar la cobertura hipotecaria registrada, no quedarían garantizados con la hipoteca. Y en su consecuencia, no podría el acreedor reclamarlos en vía ejecutiva y mediante el ejercicio de la acción hipotecaria.

2) Supone una interpretación *in favor debitoris* como instrumento o medio de defensa a posibles maniobras fraudulentas o especulativas, a la vez que defensa frente al complejo entramado de subida y descenso de intereses en el mercado.

3) Si se reducen a la baja los intereses, resultaría paradójico que queden garantizados intereses a un tipo superior al que precisamente se reduce. Desde un tipo de vista legal no cabría pensar en su posibilidad, amparándose y haciendo uso de la Ley que pretende lo contrario, y beneficiarse de exenciones fiscales para fines contrarios a los propuestos. Supondría un despropósito a la *voluntas legis* y un fraude a los consumidores usuarios de préstamos hipotecarios. Sin perjuicio de poder garantizar intereses a un tipo superior, si bien este caso sujetos a tributación y efectivo gravamen por el concepto de A.J.D. que procede y al tipo del 0,50%, por el posible incremento o disminución en la cobertura hipotecaria que los garantiza, y que serviría de base liquidable a efectos impositivos.

4) Se cumple escrupulosamente y a ultranza el principio de la especialidad registral, al concretar el “máximo temporal” y “máximo porcentual”.

5) Se respetan derechos e intereses legítimos de terceros, titulares intermedios de derechos reales inscritos o terceros adquirentes, posteriores a la hipoteca (en que se fijó el tipo de interés y la responsabilidad hipotecaria se fijó con referencia al tipo de interés fijado, en este caso del 10%) y anteriores a la modificación del tipo de interés, por reducción y a la baja del mismo, mejorando sus condiciones inicialmente pactadas. De manera de que no cabría reclamar en perjuicio de terceros posteriores, intereses devengados a un tipo de interés superior al que regía y constaba inscrito al tiempo de inscribir sus títulos en el Registro.

Y ocurre que, existiendo titulares intermedios de hipotecas y/o embargos posteriores, no caben garantizar ni reclamar intereses en su perjuicio a un tipo de interés superior al inicialmente pactado, vigente y que figurará inscrito, a la fecha de inscribir sus hipotecas y/o anotar sus embargos.

242

De manera de que si se considerara necesario modificar la responsabilidad hipotecaria respecto a los intereses garantizados, agravando la cobertura hipotecaria como consecuencia de fijar un tipo de interés superior que funcionaría como tope máximo porcentual, sería necesario: Por un lado, el consentimiento obligatorio y necesario por parte de los adquirentes o terceros poseedores (en cuanto titulares del poder de disposición, al considerar la modificación de la hipoteca y de sus coberturas como un acto de disposición); y por otro, tal agravación de la cobertura hipotecaria no podría perjudicar a los titulares de hipotecas y/o embargos inscritos y/o anotados en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca y anteriores a la registración de la ampliación, salvo que presten su consentimiento, lo que sería más que dudoso.

Toda vez que en perjuicio de titulares intermedios de hipotecas y/o embargos, no se podrían reclamar intereses, a un tipo superior al inicialmente convenido vigente e inscrito que sirvió de base para configurar la cobertura hipotecaria por intereses inicialmente registrada; con lo que de no pres-

tar su consentimiento, los intereses devengados a un tipo superior al inicialmente pactado e inscrito a la fecha de inscribir sus títulos (hipotecas y/o embargos) e inferior al nuevo fijado como tope máximo porcentual que figuraría en la cobertura hipotecaria ulteriormente registrada (cuya registración considero que en tal caso sería posible sin necesidad del consentimiento de los titulares de hipotecas y/o embargos. Ya que basta para ello, que preste su consentimiento el titular del poder de disposición, esto es, el propietario de la finca hipotecada o del derecho real inmobiliario hipotecado; pero en tal caso, privada de toda eficacia práctica la nueva y ulterior cobertura hipotecaria registral) no quedarían garantizados por la hipoteca ni serían reclamables en vía ejecutiva y por acción hipotecaria en perjuicio de terceros.

Con lo que de existir éstos y no prestando su consentimiento, y de considerar necesaria tal modificación de la responsabilidad hipotecaria en cuanto a los intereses garantizados, la modificación del tipo de interés por reducción y a la baja, aun habiéndose estipulado en escritura pública, o bien no tendría acceso al Registro de la Propiedad (en el caso de existencia de terceros poseedores), o bien tendría acceso al mismo si bien privada de toda eficacia práctica (en el caso de titulares de hipotecas y/o embargos), al no poder garantizar la hipoteca en perjuicio de éstos, los intereses devengados a un tipo superior al vigente e inscrito a la fecha de inscribir y/o anotar sus hipotecas y/o embargos, no obstante estar comprendido dentro del máximo porcentual fijado en la nueva cobertura hipotecaria.

B. Cambio de interés variable a interés fijo.

La cobertura hipotecaria por intereses, cuando sean variables, puede fijarse con arreglo a las siguientes determinaciones:

a) Máximo temporal con máximo porcentual: interés de tres años hasta un máximo del 10% anual.

b) Máximo temporal con máximo de aumento: intereses de tres años hasta un máximo anual de tres puntos superior al interés pactado.

c) Máximo temporal con cantidad máxima garantizada: tres años de intereses hasta un máximo de trescientas mil pesetas.

Como recuerda PEDRO ÁVILA, lo que no cabe es prescindir de la determinación temporal y fijar sólo una cantidad global alzada de intereses máximos garantizados, de manera tal que permita al acreedor imputar a esa cantidad los cinco años de intereses al tipo que corresponda esa cantidad, o un período menor a un tipo mayor. Como si dijera interés hasta un máximo de trescientas mil pesetas, y en esa cantidad cupieran exactamente tres años de intereses al 10% o intereses de cuatro años al tipo del 7,50%. Y no es posible por ser contrario al principio de la especialidad hipotecaria (arts. 12 L.H. y 220 R.H.).

244

Obsérvese: En cualquiera de los casos, se aseguran intereses devengados dentro del máximo temporal (tres años en el del ejemplo propuesto) y hasta el límite máximo porcentual (10%, pero admite garantizar intereses devengados al tipo del 9%, del 8%, etc., siempre que los devengados no lo fueren a un tipo superior al 10%, máximo posible fijado). Con arreglo a la última especificación, se garantizan intereses devengados dentro del máximo plazo temporal de devengo y hasta una cantidad máxima total de intereses devengados, sea cual fuere el tipo de interés por el que se devengaron (previamente en la escritura, se fijó el tipo de interés máximo en perjuicio de terceros y a efectos hipotecarios; por lo que la cantidad máxima no podrá ser superior y ni exceder de cinco años de intereses calculados al tipo de ese interés máximo fijado). El nuevo tipo de interés, por definición inferior y más bajo reducido que el máximo fijado a los efectos de la determinación de la cobertura hipotecaria en cualquiera de las tres modalidades, queda comprendido dentro de la cobertura hipotecaria registrada, con-

siderándose ésta como suficiente a fin de garantizar los intereses devengados al nuevo tipo de interés inferior hasta la cantidad máxima total de intereses garantizados por la hipoteca.

En cualquiera de las tres posibilidades, no hay problema cuando el interés variable se convierta en fijo, la cobertura hipotecaria registrada será suficiente con posterioridad a la modificación, y a fin de seguir asegurando los que se devenguen con arreglo al nuevo tipo.

No hay perjuicio para tercero (titulares intermedios de derechos reales ya inscritos posteriores a la hipoteca y anteriores a la modificación del tipo de interés), en todo caso el interés se reduce y no peligra, a la vez que queda excluida cualquier situación de riesgo de perjuicio para terceros derivados de fluctuaciones por cambios en el mercado a la alza en lo que respecta al tipo de interés, que por definición es fijo e inferior al anterior que se modifica.

245

Inscrito el nuevo tipo de interés, inferior necesariamente al que se modifica, cabe entender perfectamente que con arreglo al nuevo tipo vigente en lo sucesivo, más reducido que el anterior aplicable, se aseguran intereses por máximo temporal que constaba anteriormente registrado al nuevo tipo de interés fijo que se conviene (máximo temporal, anteriormente fijado; máximo porcentual, al nuevo tipo inferior o reducido convenido).

Una vez registrado, no cabrá reclamar intereses al tipo vigente en cada momento y hasta el máximo anteriormente registrado, ni en perjuicio del deudor ni de terceros. Sólo cabrá reclamar en vía ejecutiva y por acción hipotecaria, los intereses garantizados devengados durante el plazo fijado que consta en la cobertura hipotecaria ya registrada y al tipo del nuevo interés reducido. La determinación del máximo porcentual anteriormente registrado, se ha de considerar por vía interpretativa y con exigencia de un mínimo esfuerzo, que queda sustituido por el nuevo tipo de interés, sin necesidad de modificar el máximo porcentual fijado en la cober-

tura hipotecaria inicialmente registrada. Interés que por ser fijo, es el máximo posible por pura definición al no ser susceptible de modificación alguna; y que ha de permanecer invariable a lo largo de toda la vida y durante la vigencia del préstamo, y salvo modificación posterior, claro está.

El nuevo tipo de interés producirá todos sus efectos en favor y en perjuicio del deudor desde la modificación, y respecto a terceros desde y a partir de la fecha de que tenga entrada en el Registro la modificación convenida del tipo de interés. La cobertura hipotecaria garantiza intereses al tipo vigente en cada momento (desde la modificación al nuevo tipo reducido), y hasta el máximo de la cobertura registrada por los mismos.

246

¿Quid respecto a los intereses vencidos, devengados y no satisfechos con anterioridad a la modificación del tipo de interés? ¿Quedan asegurados con arreglo a la cobertura hipotecaria que respecto a los mismos consta registrada, y al tipo aplicable en cada momento anterior a la modificación y hasta el tipo de interés máximo previsto en perjuicio de terceros? ¿O quedan garantizados con arreglo al nuevo tipo convenido inferior y más reducido?

Como quiera que la cobertura registrada fija el importe máximo de la cantidad total o importe total máximo de intereses asegurados o cubiertos por la hipoteca, (cobertura hipotecaria registrada por intereses) se aseguran los intereses al tipo y por el tiempo que corresponda, vigente en cada momento del devengo. Por lo que dichos intereses, quedan asegurados y garantizados al tipo correspondiente al momento en que se devengaron; por lo que no sólo no es necesario modificar tal cobertura hipotecaria registrada que fija el máximo de los intereses garantizados, sino que resulta conveniente no modificarla en modo alguno, a fin de que queden garantizados con arreglo y dentro del límite máximo de la responsabilidad fijada por la cobertura hipotecaria registrada, los intereses devengados con anterioridad a la modificación a un tipo superior al que se modifica.

Como quiera que el nuevo tipo de interés es más reducido que el tipo que se fija como máximo porcentual en la cobertura hipotecaria, cabe dentro de la misma, y los intereses que se devenguen con arreglo al nuevo reducido e inferior al máximo porcentual previsto, quedarán garantizados por la primitiva cobertura hipotecaria que consta registrada y que no se modifica, hasta el importe de la cantidad máxima cubierta por la misma y garantizada por la hipoteca.

Cabe pues perfectamente entender, que la hipoteca asegura intereses al tipo vigente y aplicable en cada momento (en lo sucesivo, el tipo de interés vigente en cada momento, va a ser el mismo, el nuevo tipo de interés fijo y reducido, que por propio definición es fijo e invariable) con arreglo a la cobertura hipotecaria inicialmente registrada y vigente, que ni se modifica ni es necesario.

La cobertura hipotecaria que respecto a los intereses consta registrada, fija o determina el importe de la cantidad global máxima de los intereses garantizados, susceptibles de ser reclamados en vía ejecutiva, con arreglo a las determinaciones y dentro de los límites concretados en la cobertura hipotecaria registrada: Máximo temporal con máximo porcentual; máximo temporal con máximo de aumento; máximo temporal con cantidad máxima garantizada.

Los intereses devengados al nuevo tipo de interés vigente para lo sucesivo quedan perfecta y efectivamente garantizados por la cobertura hipotecaria registrada respecto a los mismos, y dentro de los límites acotados y fijados en la cobertura registrada. Ya que el nuevo tipo de interés al ser inferior y más reducido, cabe perfectamente, se comprende y está dentro de las especificaciones fijadas en la cobertura hipotecaria inicialmente registrada; al ser inferior al tipo máximo, empleado a los efectos de acotar la cobertura hipotecaria, sea cual fuera el criterio empleado (una de las tres previstas) para la determinación de la misma, a fin de garantizar los devengados en cada momento, al tipo vigente y aplicable que corresponda.

C. Modificación del tipo de interés a la baja en los préstamos hipotecarios a interés fijo, manteniendo y conservando tal carácter.

Considero asimismo, que la cobertura hipotecaria respecto a intereses que consta anteriormente inscrita, es suficiente. Que no es necesario ni resulta obligatorio proceder a la modificación de la responsabilidad hipotecaria, por lo que se refiere a la cobertura hipotecaria inicialmente convenida y registrada.

Como quiera que el nuevo tipo es inferior, no resulta perjuicio para terceros, ni existe obstáculo alguno, a que los intereses que en el futuro se devenguen con arreglo al nuevo tipo de interés reducido, queden garantizados por la cobertura hipotecaria que consta ya registrada y que no se modifica.

248 Los intereses devengados y no satisfechos al nuevo tipo, que se reclamen por vía ejecutiva, quedan perfectamente sin problema alguno asegurados con la cobertura inicialmente determinada y registrada respecto a los mismos.

En todo caso, el acreedor hipotecario con el que se convenga la modificación reductora del tipo de interés, sólo podrá reclamar y exigir del deudor el importe de los intereses correspondientes que se devenguen al nuevo tipo inferior convenido, y devengados dentro del máximo temporal de devengo que consta en la cobertura inicialmente registrada, vigente aún, no modificada ni alterada registralmente.

En el caso de que con posterioridad a la modificación del tipo de interés reduciendo éste, el acreedor hipotecario transmita el crédito o préstamo garantizado con la hipoteca a un tercero protegido por la fe pública registral del art. 34 de L.H., como quiera que el nuevo tipo de interés es inferior al inicialmente que consta inscrito (se modifica el tipo de interés, teniendo entrada en el Registro y sin modificar la cobertura hipotecaria inicial respecto a los intereses), no podrá exigir ni reclamar intereses al amparo de la primitiva

e inicial cobertura hipotecaria que consta registrada ya y desde un principio, y al tipo superior inicialmente pactado, en base y con arreglo al cual, fue fijada, determinada y concretada tal cobertura hipotecaria. Ya que el nuevo tipo de interés inferior convenido entre el deudor y el primitivo acreedor es oponible *erga omnes*, produciendo todos sus efectos en perjuicio de terceros desde y con posterioridad al momento en que tenga lugar su entrada en el Registro de la Propiedad; y por tanto, le vincula y obliga a este nuevo acreedor, adquirente del crédito, desde la fecha de su registración con arreglo al principio de la publicidad registral; que en el supuesto planteado, se considera que tuvo lugar con anterioridad a la transmisión del crédito hipotecario.

Cuestión distinta sería, que habiéndose convenido en documento privado, o en escritura pública, la modificación reduciendo el tipo de interés, no hubiera tenido entrada al Registro. En tal caso, tal modificación es inoponible a tercero, no surtirá ni producirá efectos en perjuicio de los mismos; particularmente en perjuicio de este nuevo acreedor adquirente del crédito hipotecario, quien por reunir los requisitos del art. 34 de L.H. queda protegido por la fe pública registral. En tal supuesto, como quiera que el nuevo acreedor resulta protegido por la fe pública y la modificación reductora del tipo de interés no ha tenido entrada en el Registro de la Propiedad, el nuevo acreedor al amparo del art. 38 de la L.H., podría exigir intereses que se devenguen al tipo inicialmente registrado. Y con arreglo a este tipo y a la cobertura hipotecaria inicialmente registrada y no modificada, reclamar intereses devengados y no satisfechos, en vía ejecutiva y hasta el máximo fijado en la cobertura hipotecaria que consta registrada sin ser modificada en modo alguno.

Al acreedor hipotecario le puede resultar no sólo innecesario, sino que además conveniente, el no modificar la cobertura inicialmente registrada respecto a los intereses garantizados, con el fin de poder exigir y reclamar en vía eje-

cutiva el importe de los devengados y no satisfechos al tipo aplicable con anterioridad a la modificación, superior al nuevo convenido, garantizados por la cobertura registrada inicialmente y aún vigente por no haber sido modificada registralmente. Ya que caso contrario, dichos intereses devengados con anterioridad y no satisfechos a un tipo superior al que se fijara en la cobertura hipotecaria caso de que ésta se modificara, bien por considerarlo obligatorio o bien voluntariamente y a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés reducido, no podrían quedar garantizados por la hipoteca, con arreglo a la nueva cobertura hipotecaria que respecto a ellos se conviniera. Y no se podrían reclamar en vía ejecutiva con posterioridad a la registración de la nueva cobertura que modifica la anterior e inicialmente registrada, una vez que la nueva cobertura hipotecaria modificada tuviera acceso al Registro de la Propiedad; ya que se corresponden con intereses devengados, a un tipo superior y distinto del que se fija en la nueva cobertura hipotecaria que se conviene y modifica a la anterior.

Asimismo y desde que tenga lugar la registración de un nuevo tipo de interés, no se podrán reclamar en vía ejecutiva y en perjuicio de terceros poseedores, del fiador real y de los acreedores titulares de hipotecas y/o embargos inscritas y/o anotados, intereses devengados con arreglo a la cobertura hipotecaria inicial que no hubiera sido modificada, determinada de conformidad a dicho tipo de interés superior inicial, e invocando ésta (supuesto anómalo, pues quien primero se opondría sería el deudor, pero idealmente posible en virtud de acuerdo fraudulento entre el deudor y acreedor hipotecario). De hacerlo, se estarían reclamando intereses por importe y cantidad superior a los que resultarían garantizados por la cobertura hipotecaria inicialmente registrada; ya que si bien no fue modificada, no podrá garantizar los intereses que excedan de los devengados calculados al nuevo tipo de interés inferior y que consta registrado. De posibilitarlo, se estarían reclamando intereses a un tipo superior

del que corresponde (el nuevo), que excederían de los máximos legalmente posibles (el máximo legalmente posible a partir de la modificación, es el nuevo tipo de interés reducido que consta registrado).

D. El tipo de interés inicialmente pactado con el carácter de variable se reduce y mantiene con igual carácter de variable.

La cobertura hipotecaria por intereses asegurados, cuando aquellos sean variables, se puede formular o determinar con relación y de conformidad a los tres parámetros ya examinados:

1. Máximo temporal con máximo porcentual. No ofrece ningún problema. Quedan garantizados con arreglo a la cobertura hipotecaria inicialmente registrada, los intereses devengados con arreglo al nuevo tipo convenido, inferior al anterior aplicable necesariamente, cuyos intereses devengados quedaban cubiertos por la hipoteca, por la cobertura hipotecaria registrada respecto de ellos. Los nuevos intereses que se devenguen con arreglo al nuevo tipo quedan asimismo garantizados por la cobertura hipotecaria inicialmente registrada y sin necesidad de modificar ésta, dentro de los límites del máximo temporal (tiempo máximo de período de devengo de intereses) y máximo porcentual (devengados al tipo máximo previsto en la cobertura hipotecaria determinada respecto a los mismos).

Será necesario que no se modifiquen ni máximo temporal ni el máximo porcentual; esto es, el tipo de interés porcentual máximo anual que se fija a efectos hipotecarios y respecto a terceros, que fija el tipo máximo de los intereses devengados que se puedan reclamar en vía ejecutiva, especial y expresamente garantizados por la hipoteca y con arreglo a la determinación de la cobertura hipotecaria que consta inicial y anteriormente registrada: Máximo temporal de devengo con máximo porcentual nominal anual.

Como quiera que el nuevo tipo de interés es inferior, no ofrece ni presenta especial ni particular problema. Permite asimismo reclamar en vía ejecutiva, los intereses devengados al tipo vigente y aplicable (superior al nuevo convenido y reducido) con anterioridad a la modificación del tipo que queda reducido por mejora a la baja.

2. Máximo temporal con máximo de aumento. Si la cobertura hipotecaria que consta registrada ha sido determinada con referencia a un máximo temporal con un máximo de aumento, vale lo dicho con anterioridad (se aseguran intereses de tres años hasta un máximo anual de cinco puntos superior al inicialmente pactado).

La hipoteca seguirá garantizando intereses máximos devengados y comprendidos dentro del máximo temporal previsto inicialmente (en el ejemplo previsto, tres años de intereses) y hasta el tipo máximo de interés previsto en la determinación de la cobertura hipotecaria registrada; o sea, hasta un máximo anual de X puntos superior al pactado. Ejemplo: el interés inicial anterior era del 10%, y se garantizaban intereses hasta el tipo máximo anual de cuatro puntos superior al inicial pactado; o lo que es igual, hasta el tipo máximo anual del 14%.

La cobertura hipotecaria así determinada que consta ya registrada, permite en lo sucesivo seguir asegurando intereses con arreglo a ella, hasta la cantidad máxima asegurada comprendida entre el máximo temporal y el máximo de aumento (en el ejemplo visto, tres años de interés hasta un máximo del 14%). Por lo que los intereses devengados al nuevo tipo de interés, inferior y más reducido del que resultaba aplicable al tiempo de la modificación, quedaran garantizados por la hipoteca con arreglo a la cobertura registrada, siempre que se devenguen dentro del máximo temporal de devengo, y al tipo de interés máximo anual que quedó fijado en la determinación de la cobertura hipotecaria registrada.

3. Máximo temporal con cantidad máxima garantizada. Igualmente, si la cobertura hipotecaria por intereses quedó determinada con relación a los parámetros máximo temporal con cantidad máxima garantizada, la modificación del tipo de interés aplicable, no supondrá que necesariamente se deba modificar la responsabilidad hipotecaria inicialmente determinada y registrada.

La cantidad máxima de intereses garantizados, tendría necesariamente que haber quedado fijada y determinada con relación al tipo de interés máximo inicialmente fijado a efectos hipotecarios. Ejemplo: para un préstamo por un capital de un millón, se aseguran tres años de intereses hasta un máximo de trescientas mil pesetas. El tipo de interés máximo anual, será el 10%, calculado con arreglo a la fórmula clásica: $r = I \times 100 : t \times c$.

Por todo ello, no presenta ningún problema la posibilidad de que los intereses devengados con arreglo al nuevo tipo de interés necesariamente inferior, queden particular y especialmente garantizados por la hipoteca y con arreglo a las especificaciones de la cobertura hipotecaria convenida e inicialmente y registrada; siempre que los intereses que se reclamen, estén comprendidos dentro del máximo temporal de devengo previsto y no sean superiores ni excedan del importe o cantidad máxima fijada en la cobertura hipotecaria inicialmente determinada, convenida y registrada. O sea, que los intereses devengados con arreglo al nuevo tipo inferior, se correspondan y estén comprendidos dentro de los parámetros con los que se hubiera formulado o determinado la cobertura hipotecaria registrada.

III. Posterior modificación de la responsabilidad hipotecaria respecto a los intereses garantizados: efectos con relación a terceros adquirentes o poseedores del inmueble hipotecado del derecho real inmobiliario hipotecado y/o titulares de hipotecas y/o embargos inscritas y/o anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la registración de la modificación de la nueva cobertura hipotecaria

Si fuera necesaria modificar la cobertura hipotecaria respecto de los mismos, a fin de adaptarla a los nuevos tipos de interés, podrían ser peores las consecuencias, además de inútiles y perturbadoras, al no obedecer a causa, fin o razón que justifique la necesidad de modificación. Se podría limitar muy mucho la aplicación de la nueva Ley de S.N.M.P.H., haciéndola prácticamente inútil e inaplicable en el caso de que la finca hipotecada pasara a manos de un adquirente o tercer poseedor. Ejemplo: Se transmitió el usufructo con posterioridad a la hipoteca, habiéndose hipotecado el pleno dominio, o existen titulares intermedios de derechos reales inscritos, etc.

254

Paso a continuación a examinar los diversos supuestos:

A) Supuesto del fiador real o hipotecante por débito ajeno:

Toda vez que es él el propietario, titular registral inscrito y titular del poder de disposición, él habrá de consentir a la modificación de la responsabilidad hipotecaria (arts. 138 de la L.H. y 1.857, párrafo 2.º del Cód. civil).

ROCA SASTRE, considera que en el párrafo 3.º del art. 115 de la L.H., se incluye tanto al fiador real como al adquirente o tercer poseedor (art. 115 L.H., párrafo 3.º: si la finca hipotecada no perteneciere al deudor... etc.), por lo que de considerar necesario modificar la responsabilidad hipotecaria por intereses en todo caso aún cuando se reduzca el tipo aplicable a los mismos, habría que defender que aun cuando fuera para reducir la cobertura hipotecaria respecto de los

mismos, sería necesario el consentimiento expreso del fiador real. Y podría darse el caso, que no quisiera consentir por el motivo que fuera, con lo que la modificación por reducción del tipo de interés no podría tener lugar ni acceso al Registro, limitando la aplicación de la Ley de S.N.M.P.H. Y no se diga que como se trate de reducir, su intervención y consentimiento no es necesario, ya que resultará beneficiado siempre y nunca le perjudicaría. Al contrario, su intervención y consentimiento serán necesarios por ser el propietario de la finca hipotecada y titular del poder de disposición, que sobre la misma ostenta, siendo por tanto el único legitimado por ser el titular registral inscrito de la misma (art. 38 de la L.H.). Además aun cuando la reducción de la cobertura hipotecaria le beneficiara, su intervención y consentimiento necesarios se justifica, en que nadie puede ser obligado a adquirir derechos o situaciones que le benefician, sin su consentimiento o contra su voluntad.

255

B) Supuesto de transmisión de la finca hipotecada, en el caso de párrafo 2.º del art. 118 de la L.H., descontando el comprador del precio de la venta el importe de la hipoteca, sin asumir la obligación derivada de la misma, y sin que el acreedor hubiese prestado su consentimiento para tal subrogación:

En este supuesto de considerar necesaria la modificación de la responsabilidad hipotecaria, sería preciso y por las mismas razones dichas, el preceptivo y necesario consentimiento del adquirente o tercer poseedor (en la concepción de ROCA SASTRE, el comprador que descuenta, sin asumir la obligación ni subrogarse, es un verdadero adquirente o tercer poseedor). Y podría no prestarlo, en cuyo caso el acuerdo de reducción de los intereses no tendría entrada en el Registro de la Propiedad, si considerando necesaria la modificación de la cobertura hipotecaria respecto a los intereses a fin de adaptarla al nuevo tipo, y precisándose el consentimiento del tercer poseedor, éste se negara a prestarlo. Prácticamente se limitaría mucho la aplicación de la L.S.N.M.P.H.; quedaría

privada de eficacia y aplicación práctica, no obstante y a pesar de las finalidades por ella pretendidas, recogidas en su Exposición de Motivos.

C) Lo mismo ocurrirá cuando se transmita el usufructo, la nuda propiedad, o bien el dominio útil o directo de una finca. En todos estos casos, tanto el usufructuario, como el nudo propietario o el titular del dominio útil o directo, son considerados adquirentes y terceros poseedores. En tales supuestos, sería necesario el consentimiento de los mismos, con lo que resulta evidente las limitaciones a la aplicación práctica y efectiva de la nueva Ley; y no tendría entrada al Registro la modificación convenida relativa a la reducción de intereses.

Sirve y vale todo lo anteriormente dicho en los supuestos anteriormente contemplados A) y B), a lo que me remito.

256 Resumiendo, se puede concluir el estudio de este apartado, diciendo: Que la modificación del tipo de interés reduciendo éste, no implica ni supone que necesariamente se deba modificar la cobertura hipotecaria registrada a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés reducido, ya que no perjudica en modo alguno a titulares intermedios de derechos reales inscritos, particularmente a hipotecas y/o embargos inscritas y anotados intermedios que pudieran existir. No obstante, si las partes lo consideran oportuno pueden modificar la cobertura hipotecaria respecto a los intereses a fin de adaptarla al nuevo tipo convenido o reducido. Formalizándose necesariamente la escritura pública para su ulterior inscripción en el Registro de la Propiedad.

Pasaré a continuación a examinar dos supuestos:

A) Modificación de la responsabilidad hipotecaria por intereses a fin de adaptarla al nuevo tipo reducido, cuando las partes así lo convengan voluntariamente, aún y cuando tal modificación no sea necesaria de conformidad a lo dicho anteriormente, y existan titulares intermedios de derechos reales inscritos: MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR CAUSA DE ADAPTACIÓN AL NUEVO TIPO DE INTERÉS.

B) Modificación de la responsabilidad hipotecaria adaptándola al nuevo tipo de interés, pero ampliando la cobertura hipotecaria respecto a los mismos, aun cuando se reduzca el tipo de interés inicialmente convenido, en los casos en que resulte posible, conforme al art. 114 de la L.H. Así y a título de ejemplo: Se garantizaron intereses de tres años al tipo del 10% de un préstamo por un capital de cinco millones. Ahora se reduce el tipo de interés al 8% y se desean asegurar intereses de cinco años. A este segundo supuesto, me referiré denominándolo: MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA POR CAUSA DE AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA HIPOTECARIA RESPECTO DE LOS INTERESES GARANTIZADOS.

A) Modificación de la responsabilidad hipotecaria por causa de adaptación al nuevo tipo de interés.

257

Toda vez que tiene por objeto adaptar la cobertura hipotecaria por intereses al nuevo tipo convenido y éste es inferior o más reducido, no puede en modo alguno perjudicar a tercero la modificación de la cobertura hipotecaria en cuanto a los mismos. El importe total de intereses que resulten garantizados tras la modificación, será inferior necesariamente; ya que se garantizan intereses por igual plazo, y a un tipo de interés inferior o menor. El párrafo 2.º del art. 115 dice: Esta ampliación no perjudicará en ningún caso a los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.

Luego está claro: No sólo se puede prescindir del consentimiento de los titulares intermedios (particularmente titulares de hipotecas y/o embargos) sino que además tal modificación no les perjudica, lo que resulta lógico y evidente, toda vez que no se está ampliando, sino adaptando la cobertura hipotecaria.

En el caso de que existan adquirentes o terceros poseedores de la finca hipotecada, considero que será necesario el preceptivo, esencial y necesario consentimiento que ha-

brán de prestar de manera expresa estos terceros adquirentes o poseedores.

Expondré brevemente y extractado, las distintas concepciones doctrinales acerca del concepto del adquirente o tercer poseedor de los bienes hipotecados:

Para ROCA SASTRE.—El adquirente de todo parte de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado, que reúna la consideración de tercero, por no estar personalmente sujeto a la correspondiente obligación garantizada, ni directa ni indirectamente, y es ajeno a la originaria constitución de la hipoteca, haya o no inscrito su adquisición, y que en su consecuencia, queda afectado realmente por el gravamen que la hipoteca implica. La adquisición habrá de ser posterior, a título oneroso o lucrativo (tercer adquirente a título oneroso o lucrativo inscriba o no su título en el Registro).

258 Para SANZ FERNÁNDEZ.—El adquirente o tercer poseedor de la finca hipotecada, para estar garantizado frente al límite de interés de los arts. 114 y 115 de la L.H., debe de estar en situación de tercero protegido y reunir los requisitos del art. 34 de L.H. (tercer adquirente a título oneroso de buena fe inscrito).

Para MORELL Y TERRY.—Tercer adquirente que haya inscrito su adquisición.

Pues bien, para modificar la cobertura hipotecaria por intereses, bien sea para adaptarla al nuevo tipo, aumentándola o reduciéndola, considero que se requiere el preceptivo y necesario consentimiento del titular de la finca o del derecho real inmobiliario hipotecado. Aun cuando se modifique la responsabilidad hipotecaria por intereses disminuyéndola, como en el caso que nos ocupa; toda vez que en la modificación por causa de adaptación al nuevo tipo inferior, se garantizan intereses por igual plazo y a un tipo inferior al inicialmente pactado (así se deduce de los arts. 138 de la L.H., 115, párrafo 3.º de la L.H. y 1.857 del Cód. civil).

Del párrafo 3.º del art. 115 de la L.H. cabe deducir, que si la Ley en el caso contemplado (finca hipotecada no per-

tenece al deudor) no permite al acreedor exigir del deudor la ampliación de la responsabilidad hipotecaria por intereses sobre la finca hipotecada, es a causa de que el deudor no es titular del poder de disposición sobre la finca o sobre el derecho real inmobiliario hipotecado; por cuyo motivo, no puede en modo alguno prestar su consentimiento a la modificación por ampliación de la cobertura hipotecaria. De lo que se deduce, que la Ley hipotecaria considera que la modificación de la responsabilidad hipotecaria por ampliación es un acto de disposición (para mí, cualquier modificación de la cobertura hipotecaria, bien sea para disminuirla adaptándola al nuevo tipo de interés o bien para incrementarla); y que sólo podrá consentir tal modificación, el adquirente o tercer poseedor que lo sea, como titular del poder de disposición.

La modificación de la cobertura hipotecaria, implica la modificación de la hipoteca inicialmente constituida y considerado se trata de un acto de disposición o de riguroso dominio, como quedó anteriormente dicho.

En la concepción de ROCA SASTRE, corresponderá caso de que la finca o derecho real inmobiliario hipotecado fuera transmitido a un tercer adquirente, al nuevo titular, adquirente o tercer poseedor, haya o no haya inscrito su adquisición en el Registro. Si la adquisición no ha sido inscrita, no se podrá saber si existe o no un tercer adquirente o poseedor de la finca hipotecada, y corresponderá prestar el consentimiento, estando especialmente legitimado para ello al titular inscrito (art. 38 de la L.H.), quien en el caso de existir un tercer poseedor no inscrito, posterior a la hipoteca y anterior a la modificación de la cobertura hipotecaria, dispondrá de manera lícita pero no válida.

¿Quid si con posterioridad a la hipoteca y antes de la modificación de la cobertura hipotecaria, se transmitiera en documento público la finca o derecho real hipotecado a un tercer poseedor que no hubiera inscrito su adquisición, y con posterioridad a la modificación de la responsabilidad hi-

potecaria respecto a los intereses a fin de adaptarla al nuevo tipo (sin ampliarla, o bien con el fin de ampliarla), se presentara invocando su condición de tercer adquirente anterior a la modificación de la responsabilidad hipotecaria; lo que acreditaría fácilmente habida cuenta que la fecha de su adquisición es fehaciente al haber adquirido en escritura pública?

En la concepción de SANZ FERNÁNDEZ, no se planteará este problema, ya que este tercer poseedor o adquirente posterior, para que reúna la condición de tal ha de ser adquirente a título oneroso o de buena fe en los términos del art. 34 de la L.H. Luego necesariamente debería haber inscrito su título de adquisición en el Registro.

Para la posición de MORELL Y TERRY, el tercer poseedor es el adquirente tanto a título oneroso o lucrativo que inscriba registralmente su título.

260 Pasaré brevemente y a continuación a examinar alguno de los diversos supuestos:

1. Se hipoteca el usufructo de una finca, que en un momento posterior se transmite a un nuevo adquirente, y a continuación se pretende modificar la cobertura hipotecaria por intereses, bien para ampliarla o bien para reducirla. En este caso y por todo lo dicho, se requiere el consentimiento del nuevo usufructuario, como titular del derecho hipotecado y del poder de disposición (arts. 138 y 115 de la L.H. y 1.857 del Cód. civil).

2. Lo mismo cabe decir si se hipoteca la nuda propiedad, transmitiéndose con posterioridad a un tercer adquirente, y a continuación se pretendiera modificar la responsabilidad hipotecaria.

3. Si en los casos anteriormente dichos no se hubiera transmitido la nuda propiedad ni el usufructo, ni que decir cabe que corresponderá al titular hipotecante prestar el consentimiento, normalmente el deudor hipotecario.

4. Si se hipoteca el pleno dominio de una finca, y con posterioridad a la hipoteca y antes de la modificación de la

responsabilidad hipotecaria por intereses, se transmitiera a un tercer adquirente o tercer poseedor la nuda propiedad o el usufructo de la finca hipotecada: Será necesario para modificar en cualquiera de sus posibilidades, el consentimiento expreso y conjunto del nudo propietario y del usufructuario, ya que entre ambos, integran la titularidad dominical plena y el poder de disposición sobre la totalidad de la finca hipotecada.

5. Si se hubiera hipotecado el pleno dominio, y con posterioridad a la hipoteca y antes de la pretendida modificación de la cobertura hipotecaria por intereses, se hubiera transmitido la propiedad de la finca a un tercer adquirente en el caso del párrafo 2.º del art. 118 de la L.H., que la hubiera comprado, y descontando del precio de la compra el importe de la hipoteca sin subrogarse ni asumir la obligación garantizada por la hipoteca, sería preciso que el comprador, tercer poseedor, consintiera expresamente la modificación de la responsabilidad hipotecaria por intereses. En cuanto que es el nuevo propietario y titular del poder de disposición sobre la misma. Me remito a las razones y argumentos efectuados a lo largo de esta exposición.

6. En el supuesto del fiador real hipotecante no deudor y por débito ajeno, distinguiré:

a) Que la finca hipotecada no hubiera sido transmitida a un tercero, cuando se pretenda modificar disminuyendo la cobertura hipotecaria por intereses:

i) PUIG BRUTAU, considera que el fiador real no goza del límite de intereses que establecen los arts. 114 y 115 de la L.H., pues no es tercero en relación a la hipoteca, ya que ha sido parte en el acto constitutivo de la misma. Lo dicho me da pie a considerar, que en la concepción de este autor, la modificación de la cobertura hipotecaria por intereses se le impone al mismo fiador real; si bien considero que será necesario que preste su consentimiento a la modificación. Ya que su consentimiento, no se puede suplir ni sustituir por el de nadie; él sigue ostentando la titularidad

dominical y el poder de disposición sobre la finca hipotecada, y a él le corresponde por estar legitimado, prestar su consentimiento a la modificación pretendida, aun cuando ésta se le imponga por venir obligado a ello. Y en el caso que se negara a intervenir y consentir en la escritura pública, será necesario acudir a la vía judicial; a fin de que por parte del Juez, se preste el supletorio, sustitutivo y necesario consentimiento a la modificación.

ii) Para ROCA SASTRE, el fiador real aun cuando no tenga la consideración de tercero, está incluido en el párrafo 3.º del art. 115 de la L.H., por lo que respecta al tema de ampliación de la cobertura por intereses. Pues el párrafo 3.º del art. 115 comienza diciendo: Si la finca hipotecada no perteneciera al deudor ...; y es evidente que en el caso que nos ocupa del hipotecante por el débito ajeno, no pertenece al deudor. De manera que a estos efectos se asimila al tercer poseedor; por lo que para modificar la cobertura hipotecaria por intereses, bien incrementándola o bien disminuyéndola será preciso el preceptivo y necesario consentimiento del hipotecante no deudor; sin que pueda ser suplido por nadie, ni tan siquiera por el Juez. Y le corresponde por ser el titular registral inscrito, titular del poder de disposición sobre la misma. Me remito a los argumentos y razones dadas a lo largo de esta exposición.

b) Si con posterioridad a la inscripción de la hipoteca y antes de la modificación de la responsabilidad hipotecaria se transmitiera la finca hipotecada por el fiador real a un tercer adquirente, o en el caso de que existieran terceros titulares intermedios de derechos reales inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad, me remito en cuanto a esas cuestiones, a todo lo dicho a lo largo de esta exposición.

B) Modificación de la responsabilidad hipotecaria por causa de ampliación de la cobertura hipotecaria respecto de los intereses garantizados.

Voy a examinar a continuación, el supuesto de la modificación de la cobertura por intereses a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés reducido, pero ampliando la cobertura hipotecaria inicialmente registrada respecto a los intereses, aun cuando resulte modificado por convenio, y a la baja, el tipo de interés inicialmente pactado.

Caso de que con posterioridad a la hipoteca y antes de la modificación existan adquirentes o terceros poseedores, me remito a todo lo dicho con anterioridad respecto de los mismos: necesidad del preceptivo y necesario consentimiento que han de prestar los terceros poseedores de la finca o del derecho real inmobiliario hipotecado, como titulares del poder de disposición sobre la misma.

263

Aun más si cabe en este caso, ya que se está agravando la responsabilidad hipotecaria, al incrementar y ampliarse su cobertura respecto de los intereses, y constituir esta ampliación o agravamiento de la responsabilidad hipotecaria, un acto de disposición.

¿Quid respecto a los derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca y anteriores a la ampliación?

El art. 115, párrafo 2.º de la L.H. dice: Esta ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a ella.

¿Quid respecto a hipotecas y embargos, inscritas y anotadas en el ínterin? ¿será aplicable el art. 115, número 2 de la L.H.? ¿será preciso el consentimiento por parte de sus titulares intermedios? (titulares de las hipotecas y embargos).

Hay quien entiende necesario el consentimiento que en todo caso habrán de prestar los titulares de las hipotecas y embargos intermedios a fin de ampliar la cobertura hipotecaria por intereses; y que en otro caso, no podría inscribirse la modificación por ampliación de la cobertura respecto

de los mismos, salvo que se constituya una segunda o ulterior hipoteca respecto de los intereses que no sean susceptibles de cubrir con la cobertura hipotecaria de la primera hipoteca, con la preferencia y el rango que en su caso le corresponda a esta ulterior al tiempo de practicar el asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad.

¿Será posible la constitución e inscripción de esta segunda o ulterior hipoteca, a fin de asegurar el importe de los intereses que no queden garantizados con la cobertura hipotecaria inicialmente establecida en la primera, al no ser ésta susceptible de modificación según se dice, por estar inscritas o anotados hipotecas y/o embargos con posterioridad a la primera hipoteca y antes de la ampliación que se pretende?

264

Si se permitieran garantizar como segunda o ulterior hipoteca los intereses no cubiertos por la cobertura hipotecaria inicialmente establecida respecto a los mismos por no ser susceptible de ampliación, de manera autónoma, separada e independientemente del crédito respecto del que son accesorios y del que se devengan, ¿no se estarán infringiendo los principios de la indivisibilidad y accesoriedad de la inicialmente constituida, habida cuenta de su carácter dependiente y accesorio respecto del capital del préstamo garantizado?

Cierto que la cobertura hipotecaria por intereses, participa de las mismas características de la hipoteca de máximo constituida en garantía de obligación futura. Pero la obligación de pagar intereses nace del préstamo y es accesorio respecto del mismo; no tiene una existencia autónoma con vida propia, separada, distinta e independiente del préstamo del que se devengan. Cuando se garanticen simultáneamente con la misma hipoteca que asegura y garantiza la devolución del capital, si bien de manera separada (fijando la cobertura hipotecaria por el capital y separadamente la cobertura hipotecaria por intereses), no plantea ningún problema. ¿Pero podrán asegurarse de manera separada e independiente, mediante la constitución de una ulterior y nueva hipoteca? Con-

sidero muy dudosa su posibilidad, y creo que a esta misma conclusión se podría llegar aplicando la doctrina que se puede extraer de la resolución de la D.G.R.N., de fecha 5 de julio de 1922, que si bien resuelve un caso distinto, podría existir "identidad de ratio" con el supuesto que aquí nos ocupa.

En caso de transmisión del préstamo hipotecario, se le transmitiría al adquirente el préstamo y el derecho a la percepción de los intereses vencidos y devengados y los que en el futuro venzan y se devenguen, junto con los derechos accesorios, como la fianza, prenda o privilegio, en los términos del art. 1.526 del Cód. civil.

Ahora bien: ¿Se le transmitirá también la nueva y ulterior hipoteca constituida, a fin de garantizar los intereses no asegurados ni cubiertos por la cobertura hipotecaria de la primera hipoteca inicialmente constituida e inscrita o no? ¿Automáticamente o no? Si no se le transmite, ¿a quién corresponde el derecho a la percepción de los mismos? Con la transmisión del primer préstamo hipotecario, ¿se le transmitirá al adquirente todos los intereses vencidos y devengados así como los que en el futuro se devenguen, o solamente los devengados hasta el momento de la transmisión?...

A mí personalmente, me suscitan todas estas dudas la cuestión planteada, por lo que si no prestan su consentimiento los acreedores intermedios inscritos, titulares de las garantías inscritas a su favor, y no se admitiera por no ser posible la constitución de esta segunda hipoteca, se puede plantear: ¿Cómo garantizar los intereses no cubiertos por la responsabilidad hipotecaria inicialmente establecida respecto a los mismos, cuando se pretendiera modificar la responsabilidad hipotecaria a fin de ampliar su cobertura a ellos, y ello fuese posible por no exceder del importe de las cinco anualidades del art. 114 de la Ley Hipotecaria?

Considero posible que el propietario, titular registral de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado, en su condición de tal, y en cuanto titular del poder de disposición

(arts. 138 y 115 de la L.H., etc.), puede si así lo conviniera con el acreedor hipotecario, modificar la responsabilidad hipotecaria, agravando la cobertura inicialmente registrada respecto de los intereses garantizados; y sin necesidad del consentimiento de los acreedores intermedios, titulares de hipotecas y/o embargos, determinando una nueva cobertura respecto de los intereses, distinta de la inicialmente registrada, compatible y simultánea con ella, que producirá todos sus efectos en perjuicio de terceros titulares de derechos reales, de hipotecas y/o embargos y de terceros adquirentes que inscriban sus títulos con posterioridad a la inscripción de esta nueva cobertura hipotecaria que se podría fijar y determinar. De manera que existirían y subsistirían compatibles, dos coberturas hipotecarias distintas respecto a los intereses asegurados:

266

Una respecto y con relación a los titulares intermedios de embargos y/o hipotecas, inscritas y anotadas con posterioridad a la hipoteca cuya cobertura respecto de los intereses se pretende modificar, y antes de la inscripción del agravamiento o ampliación de la responsabilidad hipotecaria por intereses, y que sería la cobertura inicialmente inscrita.

Y otra, que subsistiría con toda su eficacia única y exclusivamente con relación a los titulares de derechos, cargas y gravámenes (hipotecas y/o embargos), que tuvieran entrada y acceso al Registro de la Propiedad con posterioridad a la registración de la modificación de la responsabilidad hipotecaria que se pretende, y que tiene lugar como consecuencia de agravar alguna de las coberturas hipotecarias registradas, particularmente la que garantiza intereses.

No creo que exista ningún inconveniente que se oponga en admitir la solución que se propone, limitado y concretado que sea el alcance y la eficacia de la nueva cobertura hipotecaria con toda claridad, precisión y exactitud. Y haciéndose constar en la escritura pública que al efecto se otorgue, a fin de reflejarlo en el asiento de inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad. Considero que

satisface esta postura, las exigencias derivadas e impuestas por los principios de la especialidad registral y de prioridad.

A esta conclusión llego en base a las siguientes consideraciones:

1. El art. 115 de la L.H., no exige en modo alguno a fin de ampliar la responsabilidad por intereses, el consentimiento de los titulares de derechos reales inscritos con anterioridad a ella. Se limita a decir, que la ampliación no perjudicará en ningún caso los derechos reales inscritos con anterioridad a la ampliación, lo que no es lo mismo. Podrá ampliarse, pero tal ampliación no podrá perjudicar a dichos titulares intermedios; si bien para ampliar no será preciso ni necesario el consentimiento de dichos titulares intermedios.

2. Ello resulta lógico, en cuanto que la ampliación de la cobertura hipotecaria, supone un acto de disposición o de riguroso dominio; y legitimado para ello estará el titular registral como titular del poder de disposición, no se ve porque razón ha de necesitarse el consentimiento de quien no ostenta ni es titular de un derecho que integre el poder de disposición. Cosa distinta será, que tal acto dispositivo (ampliación de la cobertura o de la responsabilidad hipotecaria) no pueda perjudicar en modo alguno a los titulares intermedios de derechos reales inscritos, posteriores a la hipoteca y anteriores a la ampliación de la responsabilidad hipotecaria. Si perjudicará al contrario, a los titulares intermedios de derechos inscritos con posterioridad a la inscripción de la ampliación de la cobertura y una vez inscrita ésta.

No obstante, si los titulares intermedios de derechos reales inscritos prestan su consentimiento expreso a la ampliación, existirá una sola cobertura hipotecaria que producirá todos sus efectos en perjuicio de los titulares de dichos derechos reales inscritos. Caso contrario, existirán dos coberturas respecto a los intereses garantizados: La inicialmente registrada con anterioridad a la inscripción de los derechos reales intermedios, que será la que rija y produzca todos

sus efectos en perjuicio de éstos; y la que nuevamente se registre como consecuencia de la ampliación o agravamiento de la inicial, que surtirá toda su eficacia desde la fecha en que tenga entrada en el Registro de la Propiedad, con relación a los derechos reales inscritos con posterioridad a la registración de la ampliación de la cobertura hipotecaria.

3. Además, si el titular registral puede constituir una tercera, ulterior o nueva hipoteca, ¿por qué no va a poder ampliar o gravar la responsabilidad hipotecaria de la primera inicialmente constituida e inscrita, ampliando la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados? En todo caso esta ampliación de la cobertura hipotecaria inicialmente inscrita, tendría a estos efectos el rango y la prelación que en su caso le correspondería si se tratara de una tercera o nueva hipoteca. Y como quiera que no es nueva hipoteca (cuya posibilidad de constituir como nueva e independiente a fin de garantizar solamente intereses devengados de un préstamo garantizado con una hipoteca anteriormente inscrita considero inadmisibles) esta ampliación, aunque a efectos de prelación se le puede asimilar, surtirá su eficacia como digo, con relación y en perjuicio de los titulares de derechos inscritos posteriores a la inscripción de la ampliación.

4. Si existieran terceros poseedores intermedios, se requerirá el necesario consentimiento de tales terceros, en cuanto titulares del poder de disposición o de un derecho que junto con el del hipotecante integre el poder de disposición sobre la totalidad de la finca o derecho real inmobiliario hipotecado. La falta de este consentimiento necesario, constituirá un obstáculo que impedirá la inscripción de la modificación de la responsabilidad hipotecaria por ampliación de alguna de sus coberturas.

Si no hay terceros poseedores, y sí titulares de derechos reales intermedios inscritos con posterioridad a la hipoteca, no sería necesario el consentimiento de éstos. La ampliación se podría inscribir en el Registro de la Propiedad en todo

caso, si bien no podrá en modo alguno perjudicar a los titulares intermedios de derechos reales inscritos, salvo que presten su consentimiento, en cuyo caso desplegará la ampliación toda su eficacia respecto a los mismos.

La solución propuesta, de admitir la existencia y de fijar dos coberturas distintas respecto a los mismos conceptos garantizados (intereses), cada una de ellas con su propio alcance, ámbito de aplicación y eficacia, creo que cohonesta adecuadamente a la vez que protege y satisface los intereses en juego de cada uno de los implicados: los del acreedor hipotecario y propietario hipotecante, los de los titulares intermedios de derechos reales inscritos con posterioridad a la hipoteca y anteriores a la ampliación, y los titulares de derechos reales que inscriban con posterioridad a la modificación de la responsabilidad hipotecaria agravando ésta.

5. De los arts. 146 y 147 de L.H., se deduce que en perjuicio de tercero y en defecto de pacto, los intereses asegurados que se pueden reclamar por vía hipotecaria, mediante acción ejecutiva y en el correspondiente procedimiento ejecutivo, se limitará a los dos últimos años transcurridos y a la parte vencida de la anualidad corriente, pero en otro caso, la posibilidad de reclamación habrá que entenderla extensiva a los cinco años, sin que puedan alcanzar el límite de tiempo que se conviene al capital. Interpretación ésta, que se armoniza y adecua con la dada por la jurisprudencia al art. 114 de la L.H. (sentencia de 12 de marzo de 1985). Creo que tales interpretaciones, confirman y ratifican sin obstáculo alguno, la viabilidad de la solución por mí propuesta aquí, a fin de resolver la cuestión planteada relativa a la posibilidad de ampliación de alguna de las coberturas que integran la responsabilidad hipotecaria inicialmente registrada, particularmente la fijada respecto a los intereses garantizados:

Posibilidad de reclamar en el procedimiento ejecutivo, por acción real hipotecaria los intereses garantizados por la que consta inicialmente registrada y hasta el límite de la cuantía

fijada con relación y en perjuicio de los titulares intermedios de derechos reales inscritos, de hipotecas y/o embargos posteriores a la hipoteca y anteriores a la ampliación.

Y en el caso de que al tiempo de ejercitar la acción hipotecaria, no existieren tales derechos reales intermedios, bien porque nunca los hubo, o bien porque existiendo y habiéndose inscrito con posterioridad a la inscripción de la hipoteca y antes de la ampliación, se cancelaron (como ocurriría si hubiera ejercitado la acción real hipotecaria, el acreedor garantizado por la segunda hipoteca posteriormente inscrita y posterior en rango, o bien por cumplimiento de la obligación asegurada, se hubiera cancelado) el acreedor podrá reclamar intereses asegurados en vía ejecutiva, hasta el límite de la cantidad máxima fijada por la segunda cobertura hipotecaria pactada y ulteriormente registrada, que modifica y amplía la primitiva e inicialmente registrada.

270 Y por ello, caso de ejercitar el acreedor la acción hipotecaria respecto de la hipoteca cuya cobertura, respecto de los intereses garantizados se hubiera ampliado, y subsistieran hipotecas y/o embargos posteriores a la misma y anteriores a la ampliación, inscritas y/o anotados y no cancelados sus asientos, la reclamación por intereses en vía ejecutiva y mediante el ejercicio de la acción real hipotecaria, no podrá ser superior ni exceder de la cantidad máxima asegurada respecto de los mismos, fijada en la cobertura hipotecaria inicialmente registrada. Ejercitada la acción hipotecaria y verificado el remate o la adjudicación y consignado el precio, se producirá la purga o extinción de las hipotecas y cargas posteriores. El precio del remate se destinará al pago del acreedor que instará la ejecución, en la medida garantizada por la hipoteca. El remanente si lo hubiera, se consignará en el oportuno establecimiento público quedando afecto a resultas de los créditos (art. 236-k del R.H. y en sentido análogo 131, regla 16 de la L.H.).

Y respecto de los intereses que el acreedor no pudiera exigir por la acción real hipotecaria, los podrá reclamar por

acción personal, siendo considerado en caso de concurso, como acreedor escriturario.

En el caso de que al tiempo de ejercitar la acción hipotecaria, no existieran ya por haberse cancelado las hipotecas y/o embargos posteriores a la inscripción de la hipoteca cuya acción se ejercita y anteriores a la registración de la ampliación de la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados, el acreedor podrá reclamar intereses y en vía ejecutiva, hasta el límite máximo garantizado y fijado en la cobertura hipotecaria ampliada ulteriormente registrada.

IV. Régimen fiscal y arancelario: Examen particular y parcial de los artículos 7, 8 y 9 de la Ley Reguladora

A. Aspectos fiscales de la Novación Modificativa.

271

Cuando se convenga una modificación mejorando el tipo de interés y simultáneamente se convenga conjuntamente con la mejora una alteración en el plazo, está exenta la modificación del gravamen gradual por el concepto de A.J.D. del I.T.P. A.J.D.

En tales supuestos distinguiré, si previa o simultáneamente a la modificación, tiene o no lugar una amortización parcial y anticipada del capital del préstamo. La posibilidad de amortización parcial anticipada que pueda tener lugar como consecuencia de pagos parciales efectuados por el deudor al acreedor hipotecario, tendría que haber sido previamente prevista en la escritura pública de constitución de la hipoteca, o bien tendrá que consentirla el acreedor prestando su consentimiento; ya que en caso contrario, no le puede el deudor compeler al acreedor a recibir pagos parciales del préstamo contra su voluntad o sin su consentimiento (art. 1.169 del Cód. civil).

En todos los casos en que se modifique la responsabilidad hipotecaria vigente, voluntaria o forzosamente si se con-

sidera tal modificación obligatoria, a fin de adaptarla al nuevo tipo de intereses, bien disminuyendo o ampliando la cobertura hipotecaria, considero que origina un acto liquidable que queda sujeto a tributación y gravamen, sujeto y exento de IVA, tratándose de un préstamo empresarial; y sujeto al concepto de A.J.D. del I.T.P.A.J.D. del Texto Refundido de 24 septiembre de 1993, al tipo del 0,50% por darse todos los requisitos del art. 31-número 2, del susodicho Texto Refundido. Y ello es así, porque con independencia de la exención por A.J.D. que proclama los arts. 7 y 9 de la Ley Reguladora, lo cierto es que se producen incrementos o disminuciones en la responsabilidad hipotecaria y en sus diferentes coberturas, sujetos a tributación efectiva y no exento por A.J.D.; lo que se justifica, más si cabe, en los casos en que tenga lugar además una amortización parcial y anticipada del capital o principal del préstamo, esto es, de la obligación garantizada con la hipoteca.

Las exenciones que por A.J.D. proclaman y establecen la nueva Ley, no quedan en entredicho y controvertidas en modo alguno con este criterio y la posición mantenida; y serán aplicables cuando se limiten solamente y sin más a modificar mejorando el tipo de interés a la baja y simultáneamente el plazo inicialmente convenido, sin modificar la responsabilidad hipotecaria y sin que tenga lugar previa o simultáneamente una amortización parcial y anticipada del principal del préstamo. Lo que se justifica aún más en el hecho, de que en cuanto exenciones y beneficios fiscales han de ser objeto de una interpretación estricta y restrictiva al respecto.

1. Modificación de interés y/o plazo sin que tenga lugar una amortización parcial anticipada; subdistinguiré a su vez distintos supuestos:

a) Supuesto que no se modifique la responsabilidad hipotecaria a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés, disminuyendo la cobertura que consta ya registrada respecto a los intereses garantizados: Siempre que se den los requisitos del

art. 9 de la Ley, tal modificación sujeta en principio a gravamen gradual por A.J.D. (art. 31, núm. 2, Texto Refundido) está exenta por imperativo de la misma (art. 9 de la Ley).

b) Se modifica la responsabilidad hipotecaria registrada a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés más reducido, disminuyendo la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados:

i) La modificación de los intereses y/o plazo sujeta está exenta de A.J.D. (art. 9 de la Ley).

ii) Si se reduce la cobertura hipotecaria por intereses, se disminuye la responsabilidad hipotecaria inicialmente inscrita, por lo que estimo genera un acto liquidable sujeto a tributación por el concepto de A.J.D., por reunir todos los requisitos del número 2 del art. 31 del Texto Refundido de la L.I.T.P. A.J.D., al tipo del 0,50% sobre la base determinada por la diferencia entre la responsabilidad hipotecaria anterior y la nueva o vigente.

273

iii) En su día, amortizado el préstamo y otorgada que sea la escritura de carta de pago del mismo y cancelación de hipoteca, procederá practicar una nueva liquidación, sujeta al concepto de A.J.D. y al tipo del 0,50% sobre la base liquidable determinada por la suma de las distintas coberturas hipotecarias (principal, intereses ordinarios, intereses de demora y costas y gastos); o sea, sobre el total importe de la segunda o nueva responsabilidad hipotecaria que consta registrada.

c) Si se modifica la responsabilidad hipotecaria respecto a los intereses, a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés reducido, si bien agravando la cobertura por intereses garantizados, siempre y cuando ello sea posible con arreglo a lo dispuesto en el art. 114 de la L.H. (que no excedan del plazo de cinco años):

i) La modificación del tipo de interés y/o plazo sujeta al concepto de A.J.D., queda exenta: art. 9 de la Ley.

ii) Se genera un acto liquidable, sujeto a liquidación y no exento por el concepto de A.J.D., al reunir todos los

requisitos señalados en el número 2 del art. 31 del Texto Refundido dicho, al tipo del 0,50%, sobre la base determinada por la diferencia entre la suma o total importe de la nueva responsabilidad hipotecaria vigente y la suma total de la responsabilidad hipotecaria que constaba inicial y anteriormente registrada.

iii) Amortizado el préstamo totalmente, y otorgada la escritura pública de carta de pago del mismo, procederá practicar una nueva liquidación, sujeta efectivamente a tributación y no exenta por el concepto de A.J.D. del Impuesto de T.P.A.J.D., al tipo del 0,50% y sobre la base fijada en la suma de la total responsabilidad hipotecaria nueva o vigente ulteriormente registrada.

2. Modificación del interés y/o plazo, con previa o simultánea amortización parcial anticipada que se reflejaría en la escritura de modificación cuando proceda, que se hará constar en el Registro de la Propiedad mediante al margen de la inscripción de la hipoteca según dispone del art. 240 del R.H. *in fine*, toda vez que supone una reducción del préstamo u obligación garantizada por la hipoteca.

a) Se modifica además de reducir el capital, la responsabilidad hipotecaria vigente respecto de los intereses garantizados a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés, si bien y en su consecuencia, reduciendo o disminuyendo la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados:

i) Se origina un acto liquidable, sujeto a tributación y no exento, por el concepto de A.J.D., al tipo del 0,50%, por reunir todos los requisitos del número 2, del art. 31 del Texto Refundido. Constituyendo la base sobre la que se ha de practicar la liquidación, el importe determinado por la diferencia entre la suma de la total responsabilidad hipotecaria anteriormente registrada y la nueva o vigente resultante. O sea, sumando al importe del capital del préstamo que se reduce, la diferencia entre la suma total del resto de coberturas hipotecarias registradas y el importe o suma total de las nuevas coberturas hipotecarias.

ii) Otorgada la escritura pública que documenta la carta de pago o amortización total del préstamo y cancelación de hipoteca, se practicará una liquidación, siendo el hecho imponible el otorgamiento de la carta de pago por la totalidad del préstamo, sujeta a tributación y no exenta por el concepto de A.J.D. y al tipo del 0,50% sobre la base que se fija en la suma de la nueva y total responsabilidad hipotecaria registrada.

b) Además de reducir el importe del capital del préstamo por una amortización parcial anticipada, se modifica la responsabilidad hipotecaria vigente registrada respecto a los intereses asegurados adaptándola al nuevo tipo de interés reducido, si bien incrementando o agravando la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados, por ser ello posible con arreglo a lo dispuesto en el art. 114 de la L.H.

i) Obsérvese que en este supuesto, además de reducir el capital del préstamo como consecuencia de las amortizaciones parciales anticipadas en virtud de pagos parciales, se incrementa la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados, con lo que la diferencia entre de la total responsabilidad hipotecaria anterior y la suma total de la nueva o vigente responsabilidad hipotecaria que resulte tras la modificación no siempre arrojará un resultado positivo, por ello distinguiré:

—Que la diferencia entre la suma total de la responsabilidad hipotecaria anteriormente registrada y la nueva o vigente que resulte tras la reducción del capital y ampliación de la cobertura hipotecaria por intereses, de resultados positivos. Ejemplo: el capital inicial garantizado era de 10.000.000 ptas., y se garantizaban intereses hasta un máximo de tres años al tipo del 12% anual. Se amortiza un 1.000.000 ptas., y se garantizan los 9.000.000 restantes al 8% los intereses devengados por un plazo de cinco años. En este caso, se genera un acto liquidable, sujeto y efectivamente gravado y no exento, por el concepto de A.J.D., habida cuenta que reúne los requisitos del art. 31, número 2 del

Texto Refundido de la L.I.T.P. A.J.D., al tipo del 0,50%; siendo la base liquidable, la diferencia entre la suma de la total responsabilidad hipotecaria anterior y la suma de la nueva responsabilidad vigente. Se produce un incremento en la suma de la total responsabilidad hipotecaria registrada, no obstante la reducción por amortización parcial y anticipada del capital.

— Ahora bien, si la diferencia entre la suma de la total responsabilidad hipotecaria que constaba anteriormente registrada y la nueva que resulta es negativa, esta diferencia que supone una disminución en la total responsabilidad hipotecaria, está igualmente y asimismo sujeta a liquidación por el concepto de A.J.D., al tipo del 0,50% sobre la base fijada por la diferencia entre la suma total de la responsabilidad hipotecaria nueva y la anterior registrada.

276

ii) En su día, amortizado el préstamo y otorgada la escritura pública de carta de pago, procederá practicar una liquidación sujeta y no exenta por el concepto de A.J.D. del Impuesto de T.P. A.J.D. al tipo del 0,50%; siendo la base liquidable, la suma de la total responsabilidad hipotecaria vigente, ulteriormente registrada.

c) Se modifica el interés y/o el plazo, con previa o simultánea amortización parcial anticipada sin modificar en modo alguno la responsabilidad hipotecaria vigente que consta registrada. Ni para adaptarla al nuevo tipo de interés, reduciendo la cobertura por intereses asegurados; ni para ampliar la cobertura respecto a los mismos, siempre y cuando ello fuera posible con arreglo al art. 114 de la Ley Hipotecaria.

Se origina un nuevo acto liquidable, sujeto efectivamente a tributación y no exento, por el concepto de A.J.D., al reunir todos los requisitos del art. 31, número 2, al tipo del 0,50%, sobre la base calculada por la diferencia entre la suma de la total responsabilidad hipotecaria anterior que constaba registrada y la nueva o vigente. O lo que es lo mismo, el importe del capital del préstamo que se amortiza o redu-

ce. Si la amortización parcial del préstamo, tiene lugar con posterioridad a la modificación del tipo de interés y/o plazo y de la modificación de la responsabilidad hipotecaria por intereses, ya sea con el fin de adaptarla al nuevo tipo de interés reducido, bien disminuyendo o bien ampliando la cobertura hipotecaria respecto de los intereses garantizados por ser ello posible y no exceder del máximo previsto del art. 114 de la L.H., el coste fiscal de la operación parece ser que puede resultar más gravoso.

B. Aspectos fiscales de la modificación del plazo sin que conjuntamente se modifiquen las condiciones en cuanto al tipo de interés, mejorándolas por reducción a la baja.

Que la sola modificación del plazo queda sujeta a A.J.D. y no exenta, parece deducirse del propio art. 9 de la Ley Reguladora, que lo encabeza y titula: “Beneficios Fiscales y honorarios notariales y registrales en la Novación Modificativa de préstamos hipotecarios”. Y comienza diciendo el precepto que: Estarán exentas en la modalidad gradual de A.J.D.... para terminar diciendo: Conjuntamente a esta mejora se podrá convenir la alteración del plazo. Lo que significa, que extiende la exención fiscal por A.J.D. a la alteración del plazo que se convenga simultáneamente con la mejora de las condiciones del tipo de interés, no a las que se convenga sola y aisladamente (alteración del plazo). Lo que es lo mismo y *a sensu contrario*, significa que la sola modificación del plazo convenida, es una operación sujeta y no exenta del concepto de A.J.D. De no ser así, sobraba cualquier referencia al plazo (interpretación a contrario del primer párrafo *in fine* del art. 9 de la Ley).

1. PRÉSTAMOS CON INTERÉS.— La novación modificativa que supone la alteración del plazo, no queda sujeta al concepto de T.P.O. del Impuesto T.P. A.J.D. conforme a lo dispuesto en el art. 7 del Texto Refundido. La modificación queda sujeta a IVA por ser o tratarse de un préstamo empresarial,

si bien exenta de conformidad a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento del IVA.

Quedará sujeta por ser compatible con el IVA, al concepto de A.J.D. y no exenta (al no modificar simultáneamente los intereses por reducción y a la baja) por reunir todos los requisitos del art. 31, número 2 del Texto Refundido y al tipo del 0,50%, sobre la base determinada por la suma total de la responsabilidad hipotecaria registrada y que, constituirá la base liquidable.

278 2. PRÉSTAMOS SIN INTERÉS.— Si el préstamo es sin interés, y se conviene modificar una alteración en cuanto al plazo sin modificar los intereses a la baja o mejorándolos: La Novación Modificativa que supone la alteración del plazo, es una operación que no está sujeta a T.P.O., por no reunir los requisitos del art. 7 del Texto Refundido de 24 de septiembre de 1993. Tampoco constituye una operación sujeta a IVA, toda vez que el préstamo al no haber sido convenido con interés, no puede ser considerado como un préstamo de naturaleza empresarial. Quedará sujeto a tributación, originando un acto liquidable por el concepto de A.J.D., al que será de aplicación lo ya dicho en el epígrafe anterior.

C. Aranceles notariales y Novación Modificativa.

Está regulada esta cuestión en el último párrafo del art. 9. Ahora bien: ¿Qué quiere decir importe de la responsabilidad hipotecaria vigente? ¿Cuál es el tipo de interés del préstamo que se modifica? ¿El inicialmente estipulado en la escritura que documenta el préstamo hipotecario o el que resulte aplicable actualmente al préstamo si el inicial se hubiera modificado a la alza o a la baja como consecuencia de la modificación prevista del interés con relación a determinados índices o tipos de referencia? Considero que el tipo de interés que se modifica, ha de ser este último; o sea, el que al tiempo de la modificación esté vigente y resulte aplicable, bien el inicial por no haber sido modificado éste; o

por haber sido modificado el inicial a la baja o a la alza, en los préstamos a interés variable, el que resulte aplicable al préstamo y esté vigente al tiempo de la modificación.

Se considera asimismo, que el documento contiene un solo concepto, aun y cuando se reduzca la obligación garantizada, como consecuencia de amortizaciones anticipadas, según tendré ocasión de argumentar.

¿Qué quiere decir y cómo se ha de interpretar la frase: "importe de la responsabilidad hipotecaria vigente"? En principio la responsabilidad hipotecaria vigente, será la inicial que consta registrada en el Registro de la Propiedad; es decir, la suma de la total responsabilidad hipotecaria integrada por las distintas coberturas que garantizan separadamente el principal del préstamo, los intereses ordinarios, los de demora y las costas y gastos. Ahora bien, puede ocurrir que la responsabilidad hipotecaria varíe como consecuencia de que se reduzca la obligación garantizada, lo que ocurrirá cuando se amortice parcial y anticipadamente el préstamo hipotecario; en cuyo caso, dicha reducción tendrá acceso al Registro de la Propiedad y se hará constar mediante nota marginal según dispone el art. 240 del R.H. La amortización parcial y anticipada, sólo podrá tener lugar cuando expresamente se hubiera convenido en la escritura de préstamo hipotecario, o cuando sin haberse previsto, el acreedor la consienta. Ya que en caso contrario, no se le puede imponer a éste (art. 1.169 del Cód. civil). Podrá variar asimismo, cuando sin amortizar parcial y anticipadamente el préstamo, se modifique la responsabilidad hipotecaria inicial; modificando la cobertura por intereses a fin de adaptarla únicamente al nuevo tipo de interés reducido, en cuyo caso resultará disminuida dicha cobertura hipotecaria inicialmente determinada respecto a los mismos. O bien cuando se modifique la responsabilidad hipotecaria adaptándola al nuevo tipo y además agravando la cobertura respecto a los intereses garantizados, cuando ello sea posible de conformidad con el art. 114 de la L.H. También experimentará modificación la responsabili-

dad hipotecaria inicialmente registrada, cuando además de reducir la obligación consecuencia de amortizaciones parciales, se modifique la cobertura respecto a los intereses garantizados, bien reduciéndola o bien agravándola, a fin de asegurar la cantidad por intereses superior a la inicial, cuando ello sea posible por estar comprendida dentro del plazo de cinco años que establece el art. 114 de la L.H.

Distinguiré los distintos supuestos que se pueden plantear, según se produzca o no una amortización anticipada:

1. Con amortización parcial anticipada:

a) Se modifica el tipo de interés y/o plazo y se amortiza parcial y anticipadamente el préstamo. La base arancelaria será la responsabilidad hipotecaria anteriormente registrada reducida en el importe del capital del préstamo que se amortiza; o sea, la nueva responsabilidad hipotecaria que resulte después y tras la amortización efectuada. Existirá un concepto minutable solamente con una sola base arancelaria.

Estimo que será suficiente, que se haga constar en la escritura por la entidad acreedora, que al día de la modificación, el capital del préstamo ha quedado reducido a determinada cifra consecuencia de distintos pagos parciales, para considerar que se ha reducido la obligación garantizada como consecuencia de las amortizaciones efectuadas, y haberse modificado en su consecuencia la responsabilidad hipotecaria a fin de así hacerlo constar en el Registro de la Propiedad (art. 240 del R.H.).

b) Si simultáneamente a la amortización parcial se modifica la responsabilidad hipotecaria adaptándola al nuevo tipo de interés, bien para disminuir o bien para ampliar la cobertura respecto a los intereses asegurados cuando ello sea posible, se considerará asimismo que el documento tiene un solo concepto minutable, con una sola base arancelaria: La nueva responsabilidad hipotecaria que resulte tras la amortización y modificación de la cobertura respecto a los intereses garantizados. No considero admisible que exista además,

otro concepto minutable por la cancelación o amortización parcial, y ello por lo siguiente:

i) Porque así lo parece establecer el último párrafo del art. 9 de la Ley al hablar de “responsabilidad vigente”, dando por sentado que se podría haber producido una modificación de la responsabilidad hipotecaria, bien respecto a la cobertura hipotecaria por el capital asegurado, bien respecto a la de los intereses garantizados, o bien respecto a ambas coberturas.

ii) Es una interpretación, que se ajusta a las finalidades pretendidas por el legislador y recogidas en la exposición de motivos de la Ley Reguladora de Subrogación y Novación Modificativa de préstamos hipotecarios; en cuanto que pretende favorecer y facilitar a los consumidores la modificación de sus préstamos, permitiéndoles beneficiarse de los nuevos tipos de interés más bajos en el mercado abaratando no sólo los costes de carácter fiscal, sino además reduciendo los gastos de formalización documental y de trámite que resultan necesarios para llevar a cabo la modificación pretendida.

iii) Por ser, parece ser el criterio que resulta aplicable desde el punto de vista fiscal, a los efectos de determinar la base liquidable en el concepto de A.J.D., cuando como consecuencia de la modificación de la responsabilidad hipotecaria que se puede producir al reducir la obligación garantizada o al modificar la cobertura por intereses, se originará solamente un acto liquidable.

iiii) Porque no procede devengar honorarios en función además del capital que se amortiza, sino de la responsabilidad hipotecaria vigente; bien la anterior si no resulta alterada, o la que resulte tras la modificación si ésta tiene lugar. Por lo que la posible amortización del capital cuando ésta tenga lugar, va incluida o queda subsumida en la nueva responsabilidad hipotecaria que resulte tras la modificación que puede experimentar como consecuencia de la amortización.

iiii) Porque ya se modifique solamente el interés reduciendo éste, o conjuntamente con el plazo, existe un solo concepto minutable con una sola base arancelaria, y no dos según dispone el art. 9 *in fine* de la Ley.

Si la amortización parcial del capital del préstamo, se efectuara *a posteriori*, valdrá todo lo anteriormente dicho; pero se devengarán además y al menos en un plano teórico, derechos arancelarios por el número 2 del Aracel y por el concepto de reducción del capital del préstamo, siendo un concepto minutable nuevo e independiente; constituyendo la base, el importe del capital que se amortiza o reduce, con reducción de un 25% de los derechos arancelarios resultantes. No obstante y en el terreno práctico, considero que la prudencia aconseja aplicar un criterio restrictivo, teniendo en cuenta las finalidades pretendidas por la Ley y recogidas en su Exposición de Motivos (eliminación de costes fiscales y reducción de gastos documentales y de trámites), por lo que no parece prudente ni aconsejable la percepción de honorarios que se pudieran devengar por este nuevo concepto minutable e independiente.

2. Si se modifican el interés y/o el plazo, sin que se hubieran efectuado ni tenga lugar amortizaciones parciales por el capital, reduciendo la obligación garantizada:

a) Sin modificar la responsabilidad hipotecaria por intereses. Se estimará la existencia de un solo concepto minutable con una sola base arancelaria: La responsabilidad hipotecaria anteriormente registrada.

b) Si se modifica la responsabilidad hipotecaria, a fin de adaptarla al nuevo tipo, disminuyendo o agravando la cobertura respecto a los intereses garantizados: Un solo concepto minutable, siendo la base arancelaria, la suma de la totalidad responsabilidad hipotecaria que resulte tras la modificación.

D. Cuestiones arancelarias comunes a la subrogación y a la Novación Modificativa

1. ¿Procederá además la bonificación o reducción del 25% sobre los derechos arancelarios que se devenguen? Considero que sí será procedente tal reducción, tanto en la subrogación como en novación modificativa; toda vez que las normas que en materia arancelaria establece la nueva Ley Reguladora de la subrogación y novación modificativa de préstamos hipotecarios, tienen por finalidad únicamente establecer las reglas o los criterios para determinar las bases arancelarias sobre las que se han de calcular los derechos arancelarios que se devenguen. Son por tanto normas de fijación de bases y no de derechos arancelarios. Por lo que los derechos arancelarios se calcularán con arreglo al arancel notarial en función a dichas bases determinadas y con arreglo al número 2, párrafo primero del Arancel, reducidos estos calculados que sean, en un 25%.

283

2. Las bonificaciones fiscales así como las arancelarias, en cuanto que suponen excepciones a la aplicación de las normas generales, han de ser objeto de interpretación restrictiva. Por lo que si sólo se modifica el plazo, bien prorrogándolo o reduciéndolo, sin que a la vez o simultáneamente se modifiquen las condiciones en cuanto al tipo de los intereses reduciendo éstos, no le serán de aplicación las exenciones por el concepto de A.J.D. Considerando la prórroga o reducción como acto liquidable sujeto al concepto de A.J.D. en el Impuesto de T.P. A.J.D. al tipo del 0,50%, por reunir los requisitos del número 2 del art. 31 del Texto Refundido, sobre la base determinada por la suma de la total responsabilidad.

Asimismo, la escritura pública otorgada que documente solamente la alteración del plazo, será considerada a efectos arancelarios como documento de cuantía, minutable y devengando derechos arancelarios por el número 2 del Arancel (con posible reducción del 25%) sobre la base arancelaria

fijada en la suma total de la responsabilidad hipotecaria (anexo 2, norma general de aplicación cuarta. 1.^a).

Lo que resulta lógico, pues la sola modificación o alteración del plazo, se puede conseguir igual antes que ahora sin necesidad de recurrir a la nueva Ley Reguladora; ya que lo que ésta pretende, es que los consumidores se beneficien de los nuevos tipos de interés reducidos en el mercado, facilitándoles la modificación de los actualmente aplicables a sus préstamos, sustituyéndolos por los nuevos tipos de interés más reducidos y que el mercado ofrece.

Lo mismo cabe decir de la subrogación, caso de prosperar la argumentación por mí defendida en este trabajo, relativa a la posibilidad de convenir en una misma escritura pública que documente la subrogación, simultáneamente, si bien en cláusula separada e independiente, junto con la mejora en cuanto a las condiciones del tipo de interés, la alteración del plazo inicialmente convenido.

284

3. ¿Las escrituras públicas que documenten la subrogación y la novación modificativa, serán considerados documentos de cuantía minutables con arreglo a ella, que devengarán derechos arancelarios por el número 2 del Arancel, si bien con la correspondiente reducción arancelaria?

Así lo considero, por aplicación de la norma general cuarta, Anexo II del arancel notarial; y por remisión que la misma hace expresamente la legislación fiscal. Pues no están sujetos al concepto de T.P.O. del Impuesto de T.P. A.J.D.; si sujetos aunque exentos del IVA, y sujetos al concepto de A.J.D. por reunir los requisitos del número 2 del art. 31 del Texto Refundido.

Además, de los arts. 8 y 9 de la Ley Reguladora así parece deducirse, al establecer las reglas o criterios para fijar las bases arancelarias sobre las que se calcularán los derechos arancelarios que se devenguen. De considerar dichos documentos sin cuantía, o no minutables en atención a la misma, sobraría y estaría demás cualquier referencia en cuanto al criterio a seguir a fin de fijar las bases arancelarias;

toda vez que los documentos sin cuantía, devengan derechos arancelarios fijos por el número uno del Arancel.

E. Honorarios notariales en la subrogación.

Regula esta cuestión la Ley de S.N.M.P.H., en su art. 8, al decir: "Para el cálculo de los honorarios notariales y registrales se tomará como base la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la subrogación, y se entenderá que el documento autorizado tiene un sólo concepto."

No cabe apreciar la existencia de dos operaciones distintas: La extinción del primitivo préstamo hipotecario como consecuencia del pago, y la constitución de un nuevo préstamo en favor de la entidad acreedora que paga. No se pueden apreciar y resulta lógico, toda vez que el pago efectuado a la primitiva entidad acreedora, no produce efectos extintivos del primitivo préstamo hipotecario; si así fuera, no cabría hablar de subrogación, ya que extinguido por y mediante pago el préstamo, no se produciría la transmisión del mismo al nuevo acreedor que paga y se subroga en la titularidad del préstamo que con anterioridad ostentaba la primitiva entidad acreedora. Ni se extingue ni nace uno nuevo, si así fuera, el pago efectuado a la primera entidad acreedora extinguiría el préstamo por lo que se puede hablar de subrogación. Sólo se puede hablar de subrogación, cuando se permita a la nueva entidad acreedora adquirir la titularidad del préstamo hipotecario que con anterioridad ostentaba la primitiva y primera entidad acreedora; lo que presupone necesariamente la subsistencia, vigencia e integridad del primitivo préstamo que se transmite.

La aplicación de un solo concepto minutable merece una crítica positiva y favorable, ya que refuerza el carácter modificativo y no extintivo de la subrogación; la modificación resulta del cambio meramente subjetivo que se produce en la titularidad activa: Cambio de acreedor.

La subrogación tiene lugar como consecuencia de la concurrencia de dos hechos negociables con propia substantividad: El préstamo que el deudor recibe de la entidad acreedora que haya de subrogarse y a fin de pagar a la primitiva y primera entidad acreedora, en el que hace constar su propósito y voluntad de subrogarla; y el pago, que se efectúa al primer acreedor titular primitivo del crédito que se transmite. Pues bien, la Ley hubiera podido establecer como criterio para fijar la base arancelaria en la subrogación, el importe de la cantidad total que la nueva entidad que se subroga, paga a la primera entidad acreedora, integrada por la suma de los conceptos siguientes: Principal del préstamo pendiente de amortizar, más los intereses devengados y no pagados y la comisión correspondiente y no satisfecha. Hubiera sido un criterio congruente con lo establecido en el párrafo tercero del art. 2 de la Ley Reguladora: El importe de la suma total por los conceptos y partidas dichas, abonadas por la nueva entidad acreedora que se subroga a la primitiva entidad acreedora.

Al adoptar la Ley el criterio de fijar la base arancelaria en el importe del capital del préstamo pendiente de amortizar, refrenda la posición que sostiene (por mí defendida en este estudio) que la subrogación opera en la titularidad íntegra del crédito, si bien limitada al importe del capital del préstamo pendiente de amortizar al tiempo de la subrogación. Asimismo a la nueva entidad acreedora se le transmite y ésta se subroga, en todas las acciones que la primitiva acreedora ostentaba contra el deudor para exigir y reclamar los intereses vencidos, devengados y no satisfechos, cuyo importe se limita a los debidos y adeudados por el deudor al primer acreedor y satisfechos por la nueva entidad acreedora que se subroga; además de subrogarse en todos los derechos y anexos al crédito que se le transmiten en virtud y como consecuencia del art. 1.212 del Cód. civil (hipoteca, fianza mientras no se prorrogue el plazo, etc.).

El criterio que la Ley establece para fijar la base arancelaria en la subrogación, se le puede criticar en cuanto que se aparta del criterio que la norma fiscal establece para fijar la base liquidable por el mismo concepto y en igual caso (importe de la suma total de la responsabilidad hipotecaria).

Igualmente se aparta del criterio establecido para la base arancelaria en el supuesto de Novación Modificativa del art. 9. Y la verdad es, que tanto uno como otro supuesto hubieran merecido un trato análogo e idéntico, ya que en definitiva ambos casos contemplados (subrogación y novación modificativa) son supuestos de novación modificativa impropia o modificativa del préstamo hipotecario.

Ni que decir tiene de que en los casos contemplados en el párrafo cuarto del art. 2 de la Ley, se devengarán además derechos arancelarios en favor del Notario autorizante de la escritura pública de subrogación, por los conceptos de diligencias, salidas, depósito, etc., minutables sin consideración a su cuantía, y de conformidad a los números 4, 5 y 6 del Arancel notarial, cuando fuera procedente en su caso (Real Decreto 1424/89 de 17 de noviembre de 1989).

El concepto de subrogación, es minutable como de cuantía, devengando derechos arancelarios por el número 2 del Arancel y con reducción de un 25% de los calculados, en el importe del capital del préstamo pendiente de amortizar en el momento de la subrogación. Me remito a lo ya dicho con carácter general y común en materia arancelaria, y de aplicación tanto a la subrogación como a la Novación Modificativa.

Para que proceda a la aplicación de los beneficios fiscales y arancelarios, se deben cumplir o reunir los requisitos establecidos en los números 1 y 2 del art. 1 de la Ley Reguladora, y además será necesario que el préstamo que se transmite y en el que se subroga la nueva entidad acreedora devengue intereses, bien ordinarios, de demora o de ambas clases. Ello se explica en las finalidades pretendidas por la Ley y puestas de manifiesto en la exposición de mo-

tivos a las que me remito. Además tanto el art. 4 para la subrogación como el art. 9 para la modificación, establecen que se podrá pactar la mejora en cuanto a las condiciones del tipo de interés, tanto ordinarios como de demora, pactados o vigentes. Por lo que a los préstamos que no devenguen intereses de uno u otro tipo, aun cuando se den los requisitos del art. 1 de la Ley, no le será de aplicación los beneficios de los arts. 7 y 8 de la misma. Toda vez que al no existir, no hay posibilidad de mejorar por propia definición intereses inexistentes e imposibles de devengar.

288 A los préstamos hipotecarios estipulados sin devengo de intereses, respecto de los cuales se den en tema de subrogación los requisitos que señala el art. 1 de la Ley, considero posible que se les aplique a efectos substantivos y civiles, la Ley Reguladora de S.N.M.P.H., en todo lo que resulte compatible y no contradictoria. En el plano fiscal, quedarán sujetos a tributación, como luego tendré ocasión de exponer. Y en el plano arancelario, cabe preguntarse si la base arancelaria será o no la que la Ley establece para los bonificados en el art. 8: Importe del capital del préstamo pendiente de amortizar en el momento de la subrogación.

Por remisión de la norma general cuarta de aplicación del Arancel, anexo II del Real Decreto regulador de los Aranceles notariales, a la legislación fiscal, considero que la base arancelaria notarial será la misma y coincidirá con la base liquidable fiscal que proceda a efectos del impuesto por el concepto de T.P.O. al que quedan sujetos (art. 16 y 11 del Texto Refundido de la Ley del I.T.P. A.J.D. de 24 de septiembre de 1993); o sea, la suma de la totalidad responsabilidad hipotecaria. Ya que toda vez que quedan sujetos y no exentos de tributación y se estipularon sin devengo de intereses, cesa la razón que justifique respecto de ellos un trato preferente y excepcional; por lo que les será de aplicación las normas generales que procedan en su caso, tanto en materia arancelaria como fiscal. Por lo demás, con-

sidero que la escritura que documente la subrogación en estos préstamos, a efectos arancelarios se le considerará como documentos de cuantía, con un solo concepto minutable, que devengarán derechos arancelarios por el número 2 y con una reducción del 25% de su importe.

Caso de prosperar la posición por mí mantenida, de considerar viable y razonable que en la escritura de subrogación y en cláusula separada, se pueda no sólo convenir una mejora en cuanto a las condiciones del tipo de interés, reduciendo éste a la baja; sino y además, pactar una alteración del plazo (su posibilidad a efectos civiles y substantivos será por mí argumentada en el lugar correspondiente) cabe plantearse a efectos arancelarios, si la base sobre la que se calculará el importe de los correspondientes derechos que se devenguen, se determinará con arreglo a los criterios del art. 8, o por el contrario, con los que establece el art. 9 de la Ley. Considero objetivamente, que la base arancelaria será la mayor que resulte de aplicar las reglas establecidas en los arts. 8 y 9. Ambos supuestos lo son de Novación Modificativa, y no resulta lógico, que resulte aplicable una base arancelaria por subrogación, inferior a la que resultaría por vía de la Novación Modificativa propiamente dicha; pues en tal caso, nos encontramos ante un supuesto de Novación Modificativa del art. 9; ya que cuando en vía de subrogación se convenga la alteración del plazo después de mejorar los intereses, entre la nueva entidad acreedora subrogada y el deudor, ello ocurre y tiene lugar por vía de novación modificativa del art. 9 una vez operada y practicada la subrogación convenida y nunca antes.

Si en la escritura de subrogación o de novación modificativa, voluntariamente se pactara una modificación de la responsabilidad hipotecaria que conste registrada, a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés reducido, bien disminuyendo o bien agravando la cobertura hipotecaria que respecto de los intereses garantizados conste registrada, se puede plantear la siguiente cuestión: ¿Serán conceptos minutables la reducción

o la ampliación? Si se consideran actos liquidables sujetos a tributación y gravamen, creo que la respuesta ha de ser afirmativa. Desde el punto de vista fiscal, considero que tales incrementos o disminuciones de la responsabilidad hipotecaria son actos liquidables, sujetos y no exentos por el concepto de A.J.D. del Impuesto T.P. A.J.D., al reunir todos los requisitos del art. 31 número 2 del Texto Refundido, gravados al tipo del 0,50%, sobre la base liquidable determinada por la diferencia entre la suma de la total responsabilidad hipotecaria que conste registrada y la de la nueva o vigente. Es decir, en la cuantía determinada y correspondiente al importe del incremento o disminución. Téngase en cuenta, que tal modificación se efectúa de manera voluntaria y al margen de la nueva Ley; por lo que su sujeción a tributación no resulta contradicha en modo alguno por la exención que preconizan y establecen los arts. 7 y 9 de la L.S.N.M.P.H.

A efectos arancelarios y habida cuenta de la remisión que a la legislación fiscal establece la norma de aplicación cuarta, anexo segundo de los Aranceles notariales, considero que tanto el incremento como la disminución de la responsabilidad hipotecaria, son conceptos minutables en atención a su cuantía; y que devengan derechos arancelarios por el número 2 con reducción de un 25% de su importe. Siendo la base arancelaria, la misma que la base liquidable a efectos fiscales; o sea, la diferencia entre la suma de la total responsabilidad hipotecaria anteriormente registrada y de la nueva y para lo sucesivo vigente.

No obstante considero, que la prudencia aconseja ser sumamente cautelosos; por lo que al margen de la posibilidad práctica de considerar tales modificaciones como conceptos minutables, lo razonable pudiera ser no hacerlo.

F. Aspectos fiscales de la subrogación.

1. PRÉSTAMOS CON INTERÉS.— Para que proceda la aplicación de los beneficios fiscales a que se refiere el art. 7 de la Ley, se deben cumplir y reunir los requisitos establecidos en el art. 1, número 1 y 2 de la Ley; y además será necesario, que el préstamo que se transmite y en el cual se subroga la nueva entidad acreedora, devengue intereses, bien ordinarios, de demora o de ambas clases. Que tanto el primitivo acreedor como el nuevo que se subroga, sean algunas de las entidades de las que establece el art. 2 de la Ley de Mercado Hipotecario de 5 de marzo de 1981; y que el préstamo que se transmite, devengue intereses.

El préstamo inicialmente convenido entre la primitiva entidad acreedora y el deudor, al devengar intereses, y ser concedido por una de las entidades anteriormente dichas, se le considerará de naturaleza empresarial, sujeto por tanto a IVA y exento. La subrogación en cuanto que supone una transmisión del préstamo que va y hace tránsito desde la primera entidad acreedora a la nueva entidad que paga y en el que se subroga, es asimismo una operación sujeta a IVA y exenta (art. 12, número 18 de la Ley del IVA); por lo que siendo el transmitente sujeto pasivo de IVA y la subrogación una operación realizada en el ejercicio o desarrollo de las actividades mercantiles o empresariales propias del sujeto pasivo, habitual u ocasional, la subrogación no está sujeta a T.P.O.; y si bien está sujeta a IVA, está exenta.

Origina no obstante, un acto liquidable sujeto a tributación por el concepto gradual de A.J.D. sobre documentos notariales, al reunir todos los requisitos establecidos en el art. 31 número 2 del Texto Refundido; si bien exento, por imperativo del art. 7 de la Ley S.N.M.P.H.

2. PRÉSTAMOS SIN INTERÉS.— Aún y cuando la primitiva entidad acreedora y la nueva que se subroga, sean algunas de las referidas en art. 2 de la Ley de Mercado Hipotecario, y por tanto la subrogación se efectúa cumpliendo con los

requisitos que establece el art. 1 de la Ley, si el préstamo que se transmite y es objeto de subrogación, no devenga intereses de ningún tipo, aun y cuando a efectos sustantivos quepa sostener la aplicación de la Ley de S. N.M.P.H. en todo lo que resulte posible, compatible y no contradictorio; a efectos fiscales, no le serán de aplicación los beneficios de exención que proclama el susodicho art. 7 de la Ley. Toda vez, que no hay posibilidad por definición de mejorar intereses que no existen y cuyo devengo no es posible. La subrogación en estos préstamos, queda además al margen de las finalidades pretendidas por la Ley Reguladora.

292 La subrogación en tales casos, está sujeta a tributación, sujeta y no exenta por el concepto de T.P.O. del Impuesto T.P. A.J.D., al estarlo la concesión del primitivo préstamo, ya que se estipuló sin intereses. Por tanto, será de aplicación el art. 16 y 11 del Texto Refundido de la Ley de T.P. A.J.D. Y la subrogación quedará gravada por tal concepto de T.P.O. al tipo del 1%, y sobre la base liquidable determinada por la suma de la totalidad responsabilidad hipotecaria. Y como quiera que la subrogación queda sujeta a T.P.O., y este Impuesto es incompatible con A.J.D., no cabe sujeción al concepto gradual de A.J.D., al no reunir los requisitos que establece el art. 31 número 2 del Texto Refundido.

3. Si se modifica voluntariamente la responsabilidad hipotecaria registrada y vigente, a fin de adaptarla al nuevo tipo de interés, bien para disminuir o bien para ampliar la cobertura hipotecaria respecto a los intereses garantizados, considero que tales supuestos originan actos liquidables, que si bien sujetos y exentos de IVA, quedarán sujetos y efectivamente por el concepto de A.J.D.; al reunir todos los requisitos del art. 31, número 2 del Texto Refundido, al tipo del 0,50%. Y ello considero que está justificado, porque con independencia de la exención que establece el art. 7 de la Ley, lo cierto es que como consecuencia de tales modificaciones, se producen incrementos o disminuciones en la res-

ponsabilidad hipotecaria sujetas a A.J.D. Me remito a lo que para iguales supuestos, quedó ya dicho con anterioridad al examinar la Novación Modificativa.

V. Posibilidad de convenir la alteración del plazo en la subrogación

Si se permite por vía de Novación Modificativa pactar alteración del plazo, siempre y cuando que conjuntamente y a la vez se convenga una mejora en cuanto al tipo de interés reduciendo éste: No alcanzo a entender por qué no se permite, cuando la modificación del préstamo tenga lugar por vía de Subrogación; en definitiva, tanto la subrogación como la Novación Modificativa (art. 9 de la Ley), son supuestos de novación impropia y no extintiva del primitivo préstamo hipotecario; y las mismas razones que existan, sirven para justificar la admisibilidad o no en cuanto a la posibilidad de alterar el plazo, bien prorrogándolo o bien reduciéndolo, tanto en la Subrogación como en la Novación Modificativa. No hay razón por tanto, que justifique el trato discriminatorio en cuanto a la posibilidad de alterar el plazo en la Novación Modificativa y no en la Subrogación como ya dije anteriormente. Cabe pensar, que deseando la Ley ser sumamente respetuosa con la institución de la subrogación, entendió que no cabía modificar nada más que los intereses convenidos por reducción y a la baja; o sea, que la subrogación opera en el primitivo préstamo hipotecario tal cual y sin posibilidad de modificar éste en modo alguno, salvo la posibilidad de modificar a la baja el tipo de interés. Olvidando con ello la Ley, que también se podía modificar el plazo, bien para ampliarlo bien para reducirlo a la vez y simultáneamente en la propia escritura de subrogación, después de producirse y haber operado ésta, a continuación de ella y en cláusula aparte dentro de la misma escritura y con los mismos efectos jurídicos civiles que si la

modificación se efectuara *a posteriori*; mediante el otorgamiento de una nueva escritura de modificación entre deudor y acreedor en la que se conviniera la modificación del plazo.

Me inclino a pensar que si la Ley no preveyó la posibilidad de modificar el plazo cuando la modificación del préstamo y sus intereses tuviera lugar por vía de subrogación, se debió a motivos fiscales única y exclusivamente. Ya que de haber previsto la posibilidad de modificar en la escritura de subrogación junto con la mejora de intereses, la alteración del plazo, ambos actos liquidables fiscalmente, estarían exentos del pago del Impuesto por el concepto de A.J.D. Y al no haber previsto la posibilidad de alterar el plazo, la Ley obliga a la nueva entidad subrogada y al deudor interesado en la alteración del plazo, al otorgamiento de una nueva escritura posterior, que sujeta al concepto de A.J.D. no va a estar exenta; toda vez que no reúne las condiciones que el art. 9 de la Ley exige para beneficiarse de la exención; o sea, que la alteración del plazo se pacte o convenga simultáneamente con la mejora del tipo de interés.

294

No obstante lo expuesto, sostengo la posibilidad que por vía de subrogación y en la escritura pública que documenta a ésta, se podrá convenir no sólo una mejora en cuanto al tipo de interés, tanto ordinario como de demora, sino que además se podrá convenir alterar el plazo, tanto prorrogándolo como reduciéndolo; y que el posible acto liquidable que se produzca como consecuencia de alterar el plazo, si bien sujeto estará exento del concepto de A.J.D. por disposición expresa de los arts. 7 y 9 de la Ley Reguladora.

Al criterio de entender la exención por el concepto de A.J.D. a la modificación del plazo que tuviera lugar simultáneamente con la reducción de intereses en la escritura de subrogación, se le podría objetar que infringe la prohibición de aplicar la interpretación extensiva y la aplicación analógica de beneficios fiscales a otros supuestos distintos para los que se conceden éstos, toda vez que las normas que regu-

lan la concesión de beneficios fiscales, han de ser objeto de interpretación estricta y restrictiva.

No estoy de acuerdo con esta objeción y considero que no hay ni interpretación extensiva ni aplicación analógica de beneficios fiscales. Existe un supuesto genérico de Novación Modificativa, que engloba en su seno tanto a la Subrogación como a la Novación Modificativa (ex art. 9 de la Ley). Que la Ley concede la exención por el concepto de A.J.D. a la modificación impropia y no extintiva en general, por virtud de la cual se convenga simultáneamente la reducción de intereses y la modificación del plazo, sin distinguir si tal modificación se efectúa vía Subrogación o vía Novación Modificativa; eso sí, siempre que la modificación por mejora en cuanto a los intereses y la alteración del plazo se convengan y se documenten simultáneamente en la misma escritura.

Por lo tanto, sostengo la posibilidad de que simultáneamente y a la vez, se pueda convenir en la escritura pública que documente la subrogación, mejorar las condiciones en cuanto al tipo de interés y alterar el plazo. Siempre que como digo, la alteración del plazo se convenga con la de mejora de intereses, en la propia escritura de subrogación, después y a continuación de ésta, si bien en cláusula especial, separada e independiente.

Y ocurre que en el orden lógico de las cosas, éstas suceden y acaecen cronológicamente en orden sucesivo:

Negociación y pactos previos preliminares con la entidad que pretenda subrogarse, pago, subrogación, modificación de intereses, alteración del plazo, comunicación, inscripción,... etc.

Cuando en la escritura de subrogación, la entidad subrogada conviene con el deudor la mejora en cuanto al tipo de interés, lo hace en su condición de nuevo acreedor, titular del crédito que a él se le transmita, y que va y hace tránsito desde la entidad primitiva acreedora ya satisfecha a la nueva entidad que como consecuencia del pago efectuado a la primera en él se subroga. De manera que en el discurrir

normal de las cosas, la nueva entidad acreedora se subroga primero, y en su condición de acreedora y legitimada para ello, después de subrogarse en el préstamo hipotecario y no antes (toda vez que con anterioridad no está legitimada por no ser acreedora), conviene con el deudor una mejora en las condiciones en cuanto al tipo de interés por reducción y a la baja. De forma tal, que cuando conviene la reducción de intereses, ya es titular del crédito y acreedor por subrogación; y por tanto se encuentra legitimada en su condición de acreedora con posibilidad de convenir con el deudor y simultáneamente, la reducción de intereses y la alteración del plazo, vía Novación Modificativa del art. 9 de la Ley Reguladora.

Antes de subrogarse, no podría en modo alguno la nueva entidad acreedora convenir con el deudor una reducción o bajada del tipo de interés aplicable al préstamo en que se subroga, ni antes ni simultáneamente a la subrogación. Necesariamente ha de ser *a posteriori*, una vez que sea titular del préstamo hipotecario por subrogación y operada a ésta. Y cuando conviene la reducción del tipo de interés, ya es titular del crédito hipotecario, estando legitimada y en situación de poder no sólo convenir con el deudor la reducción de intereses, sino de convenir además una alteración del plazo, siempre que se efectúe simultáneamente y a la vez en la propia y misma escritura de subrogación.

En definitiva, tanto en la Subrogación como en la Novación Modificativa, el acuerdo de reducción del tipo de interés se conviene entre la entidad titular del crédito y el deudor, por lo que ambos supuestos se reconducen al art. 9 de la Ley.

Y no se critique a la posibilidad por mí defendida aquí, argumentando de que por vía de subrogación la Ley no permite que simultáneamente con la mejora de intereses se altere el plazo, por la razón de que podría ocurrir que aún no se hubiera realizado la notificación al primitivo acreedor, o de que aún no constara en el Registro de la Propiedad;

ya que la subrogación producirá todos sus efectos entre partes, aun y cuando no se hubiese realizado la notificación al primitivo acreedor, y aun cuando no se hubiese hecho constar en el Registro de la Propiedad, como expresamente disponen los arts. 2, 3 y 5 de la Ley Reguladora.

Si por vía de modificación del art. 9 de la Ley, acreedora y deudor pueden convenir una mejora en cuanto a las condiciones del tipo de interés y simultáneamente la alteración del plazo ¿por qué, ello no va a ser posible y de igual modo, cuando lo pretendan la nueva entidad acreedora subrogada y el deudor, después de subrogarse ésta y en el mismo instrumento? Si no fuera posible, existiría una contradicción entre el art. 4 y 9 de la Ley; y una discriminación injustificada respecto a la entidad acreedora que lo fuera por subrogación a la que no lo fuera; obligando *a posteriori* a un nuevo otorgamiento a fin de convenir la alteración del plazo, y esta vez sujeta, efectivamente gravada y no exenta del concepto de A.J.D.

297

Por las razones y argumentos dichos sostengo la posibilidad, de que al igual que la Novación Modificativa ex art. 9, cuando ésta tenga lugar por vía de Subrogación (art. 4 de la Ley) en la escritura pública que documente la subrogación, se podrá convenir no sólo una mejora en cuanto al tipo de interés, sino que además y simultáneamente una alteración en cuanto al plazo, prorrogándolo o reduciéndolo (al no distinguir la Ley). Y ello con plena eficacia jurídica civil y fiscal y por tanto con exención plena por el concepto de A.J.D., de igual manera que cuando la modificación tenga lugar por vía del art. 9.

Además para que la subrogación opere y tenga lugar, es suficiente y basta *inter partes*, que se documente en escritura pública, y efectivamente lo está, aun cuando no conste registrada; ya que su constancia en el Registro es necesaria para que produzca todos sus efectos contra y en perjuicio de terceros, no entre partes. La propia Ley en su art. 6, tan solo requiere a los efectos de ejecución hipotecaria la

presentación de la copia de la escritura de subrogación, sin exigir que la misma esté registrada, acompañada eso sí, de certificación registral que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca.

Ahora bien, si la alteración del plazo se conviene *a posteriori*, en escritura separada y aparte y al margen de la subrogación, generará un acto liquidable, sujeto efectivamente y no exento del Impuesto de T.P. A.J.D., concepto A.J.D.; constituyendo el hecho imponible la modificación del plazo, liquidable al tipo del 0,50%, sobre la base correspondiente a la suma de la total responsabilidad hipotecaria.

Lo mismo ocurrirá si por vía de Novación Modificativa del art. 9, se conviene sólo y únicamente la modificación del plazo sin convenir conjuntamente la mejora de los tipos de interés. Ya que la Ley, concede la exención fiscal por el concepto de A.J.D. respecto a la alteración del plazo, siempre y cuando se convenga conjunta o simultáneamente la mejora en cuanto a las condiciones del tipo de interés.

298

VI. Naturaleza de la subrogación contemplada en la Ley Reguladora. Posibilidad de exclusión y renuncia a la misma

El art. 1.211 del Cod. civil, habida cuenta de su carácter simplista y conciso, como pone de manifiesto la propia exposición de motivos de la Ley Reguladora objeto de examen, lo hace insuficiente para resolver satisfactoriamente todo el tramado de cuestiones complejas que se puede suscitar en el ámbito de esta institución; hasta el punto de demandar una regulación específica, lo que justifica la promulgación de la nueva Ley Reguladora, como medio para la consecución de los fines por la misma propuestos.

Tanto la subrogación vía art. 1.211 del Cod. civil, como la regulada en la nueva Ley (que partiendo del mismo precepto lo amplía y desarrolla), contemplan el supuesto de una subrogación convencional de carácter anómalo y excepcional,

pactada y convenida entre el deudor con un tercero (entidad subrogada en el caso de la nueva Ley) sin el consentimiento del acreedor primitivo; y que por tanto, opera y produce todos sus efectos al margen y con independencia de la voluntad y del consentimiento del primitivo acreedor.

La subrogación convencional del art. 1.211, exige que la obligación esté vencida; o bien, que con arreglo a los pactos que la regulan, el deudor tenga la facultad de anticipar el vencimiento, de amortizarla anticipadamente; ya que en otro caso, sería necesario el consentimiento del acreedor.

En la nueva Ley, se facilita la subrogación operada por convenio entre deudor y entidad nueva dispuesta a subrogarse, por voluntad del deudor haciendo uso de la facultad de subrogar que la Ley le otorga; aun cuando no esté el préstamo vencido, ni el acreedor preste el consentimiento, ni tenga el deudor la facultad de amortizarla anticipadamente. Con lo que por efectos de la misma, se produce una cesión o transmisión forzosa y obligatoria del préstamo, que va del primitivo acreedor ya satisfecho a la nueva entidad que paga y como consecuencia del pago se subroga. La Ley contempla y permite por vía de subrogación, un supuesto de cesión obligatoria del préstamo, que se impone al primitivo acreedor al margen de su voluntad y sin su consentimiento.

Ahora bien, ¿podrán las partes excluir por pacto la subrogación, conviniéndolo así expresamente en la primitiva escritura en que se formaliza el préstamo hipotecario? Y en cuanto que esta exclusión pactada, supone una renuncia por parte del deudor, ¿podrá el deudor renunciar previa y anticipadamente a la facultad que la Ley le otorga de subrogar en el préstamo a una nueva entidad acreedora en los derechos de la primera? El deudor al subrogar, hace uso de una facultad que la Ley le otorga, en su propio beneficio; y la subrogación, en cuanto beneficio, previsión o remedio legal, aun por muy anómalo y excepcional que sea, considero en atención a los fines que motivan a la Ley a concederlo (no

sólo y exclusivamente en interés del deudor, sino que y además por razones objetivas y de orden público), que no es susceptible ni de exclusión ni de renuncia previa y anticipadamente; sin que quepa derogación por voluntad expresa en contrario.

En este tema, distinguiré la exclusión o renuncia a la subrogación en dos planos distintos: En cuanto institución, y en cuanto renuncia a sus consecuencias y efectos. Ya que considero, que una cosa será la exclusión y renuncia a las consecuencias y efectos que la subrogación produce, mejor dicho a los efectos que produce el pago efectuado por el nuevo acreedor (nueva entidad subrogada) al primitivo acreedor (primitiva entidad acreedora), entre cuyos efectos está la subrogación; y otra, la exclusión a la subrogación misma y en cuanto institución, que pudieran haber convenido el deudor y la primitiva entidad prestamista acreedora, es decir, la exclusión de acudir al pago subrogatorio.

300

Planteado el tema de la renuncia o exclusión a la subrogación en sí misma considerada y en cuanto institución, no considero legalmente posible la exclusión ni la renuncia, tanto a la del art. 1.211 del Cod. civil como a la de la nueva Ley. Y la cláusula documental que formalice tal exclusión o renuncia, se tendrá por nula y no puesta. Más adelante daré las razones y argumentos en que me apoyo para efectuar tal afirmación.

Planteada la cuestión de la exclusión o renuncia a la subrogación por lo que se refiere a las consecuencias y efectos jurídicos de la misma, considero que lleva razón HERNÁNDEZ ANTOLÍN, cuando distingue entre la subrogación convencional del art. 1.211 del Cód. civil y la de la Ley Reguladora que nos ocupa, y así dice:

Tratándose de subrogación convencional, es posible por suponer una cesión voluntaria de créditos. Tratándose de la subrogación contemplada en la nueva Ley, aunque el tema es más complejo, habida cuenta que la subrogación (yo diría que sus efectos) se produce *ex lege*, parece claro que opera

independientemente de la voluntad de las partes, y que por tanto no cabe excluir ni renunciar.

El pacto de exclusión o renuncia previo y anticipado a la subrogación en sí, y como institución; o sea, en cuanto que suponga renuncia por parte del deudor al derecho o “facultad de hacer” o de subrogar que la Ley y el Cód. civil le confiere, lo considero contrario al orden público, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 1.255 y 6 del Cód. civil, y ello por lo siguiente:

A. Cuestión de orden público se puede considerar, el interés del estado y la sociedad en general en su conjunto, en propugnar el descenso y bajada de los tipos de interés en el mercado; y la institución de la subrogación es una de las vías o medios que pueden coadyuvar a su consecución; por lo que su exclusión o renuncia, en cuanto que obstaculiza la consecución de dicho fin, impidiendo su efectividad, se han de considerar inadmisibles.

301

B. El derecho, siempre y cuando los intereses en juego de todos queden o puedan quedar debidamente satisfechos, ha de evitar (lo que con la subrogación se puede conseguir) las situaciones de insolvencia la ejecución patrimonial, de empobrecimiento, etc. Y sólo excepcionalmente permitir las en la medida en que deban ser satisfechos justos intereses legítimos. Por lo que las medidas y beneficios que el derecho arbitre, a fin de que satisfaciendo debidamente los intereses de unos se eviten las situaciones dichas no deseables, no podrán ser excluidas ni renunciadas previa y anticipadamente.

Partiendo de estas dos consideraciones de orden público dichas, considero desde un punto de vista legal, que ni cabe ni es posible la renuncia *a priori*, ni la exclusión a la subrogación pactada previa y anticipadamente, y ello por las siguientes razones:

1. La posibilidad que la Ley otorga al deudor de “hacer la subrogación”, está establecida prioritariamente en interés y en beneficio suyo, siendo una clara manifestación más, del

principio "in favor debitoris"; en cuanto le proporciona una nueva salida airosa a fin de facilitarle el cumplimiento de las obligaciones asumidas y hacerle menos pesada y agobiante la carga que el vínculo obligacional le impone.

2. A la vez, está establecida aunque secundariamente el beneficio del acreedor (*in favor creditoris*), tanto respecto del primero como del subrogado. Ya que permite al subrogado, colocarse en el lugar del primitivo acreedor, con el rango, la prelación y con los privilegios y garantías que el primer crédito tuviera; al contrario de la pura y simple acción de regreso. Y concede tales privilegios al acreedor, porque de otra manera, caso de existir acreedores posteriores intermedios y con derechos a su favor inscritos, que se le antepusieran en prelación y rango, sus garantías disminuirían considerablemente; de manera tal, que les desmotivarían a subrogarse al no contar su crédito con garantías suficientes. Y respecto del primer acreedor, en beneficio de él también, en cuanto que al deudor le permite cumplir en orden a satisfacerle el interés patrimonial y económico, cumpliendo con la prestación debida.

3. Por cuanto que al deudor solvente (en el ámbito de la subrogación contemplada en el art. 2 de la Ley Reguladora), la subrogación le permite aprovechándose de las condiciones más ventajosas en el mercado convenir un tipo de interés más bajo, abaratando el coste o precio del dinero que recibe en préstamo. Y al deudor menos solvente o agobiado económicamente, le facilita el cumplimiento de obligaciones, que podría llegar a dejar incumplidas incluso, provocando la ejecución sobre su patrimonio con consecuencias dañosas imprevisibles. De manera que de ser una comodidad para algunos deudores, para otros puede ser su remedio o tabla de salvación. Y precisamente en interés de estos últimos y en cuanto remedio excepcional, dudo que se pueda excluir o renunciar a ella en cuanto a beneficio que la Ley le otorga.

Su exclusión anticipada y la imposibilidad de acudir a ella por parte del deudor, le podría provocar la ejecución

sobre su patrimonio, y llevarle indefectiblemente a una situación de empobrecimiento económico no deseado, que quizás se pudiera haber evitado acudiendo a la subrogación.

4. En cuanto “remedio excepcional” que la Ley otorga al deudor, no obstante su carácter anómalo y excepcional.

5. Si habiéndose convenido la exclusión de la subrogación contemplada en el art. 1.211 del Cód. civil y en el art. 2 de la Ley Reguladora, el acreedor forzara la ejecución sobre el patrimonio del deudor, que se hubiera podido evitar acudiendo al remedio que la subrogación contemplada en los preceptos dichos proporciona, su conducta no podría ser por menos que considerada abusiva, y sancionada por el derecho positivo (art. 7 del Cód. civil).

6. Las normas que regulan el cumplimiento y la extinción de las obligaciones, son imperativas. Sin que quepa su derogación, por voluntad expresa en contrario.

7. Podría plantear duda la exclusión o renuncia a la subrogación contemplada en los preceptos dichos, cuando obedezca a alguna justa causa, y se excluya la posibilidad de perjuicio patrimonial para el deudor. En todo caso, difícilmente apreciable *a priori*; por lo que aun en tal supuesto, resultaría dudosa su exclusión convenida previa y anticipadamente.

VII. Subrogación parcial: Examen de distintos supuestos. Subrogación parcial e hipoteca, cuya titularidad activa, se les transmite a cada una de las acreedoras que lo son por efecto de la subrogación parcial

A. Subrogación parcial: Examen de distintos supuestos.

1. Cuando se haya estipulado la amortización del préstamo conviniendo, que la devolución tendrá lugar de una sola vez y en su totalidad al vencimiento de un plazo, habrá que distinguir:

a) Que el plazo esté vencido.—No cabe la subrogación parcial, salvo que preste su conformidad y consentimiento a la misma el acreedor. En efecto, su inadmisibilidad se infiere y deduce de los artículos 1.157 y 1.169 del Cod. civil (pago ÍNTEGRO E INDIVISIBLE).

Ahora bien, si el deudor presenta a dos o más entidades acreedoras dispuestas a subrogarse, cada una de ellas parcialmente en una parte del crédito o préstamo y ambas juntamente en la totalidad, si cabe la posibilidad de subrogación parcial; cada una de ellas, se subrogará en la parte del préstamo correspondiente al importe del pago parcial del préstamo efectuado a la primera acreedora. Como quiera que a la entidad acreedora primitiva se le satisface íntegramente y en su totalidad, el importe total del préstamo del que es titular y ostenta contra el deudor, en virtud del pago simultáneo y total que de su conjunto efectúan las distintas nuevas entidades acreedoras que han de subrogarse, el pago es íntegro e indivisible. A su vez, la primera o antigua acreedora no podrá oponerse a la subrogación y al pago, invocando los susodichos preceptos del Cód. civil (arts. 1.157 y 1.169).

b) Si el plazo aún no ha vencido y no se preveyó la posibilidad de amortización anticipada.—La cuestión relativa a la posibilidad de subrogación parcial, se resuelve de manera idéntica y análoga contemplada en el supuesto a) anterior.

El art. 1 número 2 de la Ley de S.M.P.H., posibilita la subrogación aún y cuando no se hubiera previsto la amortización anticipada, pero con relación a la subrogación TOTAL, NO a la PARCIAL. A la PARCIAL no le es de aplicación, la misma no cabría en el supuesto contemplado, salvo que preste su conformidad y consentimiento la primitiva entidad acreedora. Se justifica, por la aplicación de los arts. 1.157 y 1.169 del Cod. civil.

Ahora bien, si el deudor presenta a dos entidades dispuestas a subrogarse, cada una de ellas parcialmente en una parte del préstamo y entre todas conjuntamente en la tota-

lidad del mismo, no existe obstáculo alguno que impida la subrogación parcial en el préstamo por parte de cada nueva entidad acreedora. Vale lo dicho con anterioridad en el apartado a), anterior.

Equivaldría a un supuesto de amortización total anticipada, que aun cuando no se hubiera previsto, la posibilita el número 2 del art. 1 de la Ley Reguladora.

Efectos.— Los de los arts. 1.212 y 1.213 del Cod. civil.

c) Si el préstamo no ha vencido y fue prevista la posibilidad de amortización anticipada.— Misma respuesta que daré a la cuestión planteada bajo el 2-c, que a continuación y bajo ese epígrafe examinaré.

d) Si el préstamo no ha vencido y no fue prevista la posibilidad de amortización anticipada.— La solución será la misma que la que se dará en el supuesto que a continuación examinaré bajo el epígrafe 2-a.

2. Cuando se hubiese estipulado la amortización del préstamo, conviniendo que a la devolución del mismo se efectuaría parcialmente, mediante el pago de cuotas periódicas, comprensivas de capital e intereses, al vencimiento de plazos parciales sucesivos, que comienzan al poco tiempo de su celebración y se repiten sucesiva y periódicamente hasta agotar el plazo de la operación, hay que distinguir a su vez:

a) Que no exista posibilidad de amortización anticipada.— No cabe en este supuesto la subrogación parcial, por parte de una nueva y segunda entidad acreedora, salvo que preste su consentimiento la primitiva acreedora. No es de aplicación lo dispuesto en el número 2 del art. 1 de la L.S.M.P., que posibilita la subrogación aun cuando no se hubiese pactado ni previsto la amortización anticipada, pero tal posibilidad cabe sólo con relación a la subrogación total, no con relación a la subrogación parcial. Además, el primer acreedor invocando los arts. 1.157 y 1.169 del Cód. civil, podrá oponerse a la subrogación y al pago.

Ahora bien, el deudor “puede hacer” simultáneamente subrogaciones parciales, siempre que la suma de las cantida-

des pagadas parcialmente por cada nueva entidad de crédito dispuesta a subrogarse, en su conjunto represente y suponga la totalidad del préstamo adeudado por el deudor a la primitiva acreedora. En cuyo caso, cada una de ellas se subrogará parcialmente en una parte del préstamo hipotecario correspondiente al importe del principal del préstamo que hubieran pagado. Vale lo dicho en este punto bajo las letras a) y b) del número 1, anterior.

Efectos.— Arts. 1.212 y 1.213 del Cód. civil.

b) ¿Quid caso de incumplimiento al vencimiento de un plazo, del pago de una de las cuotas periódicas comprensivas de capital e intereses? ¿Cabe la subrogación parcial por parte de un tercero (Entidades a que se refiere el art. 1 del número 1 de la Ley) que la haga efectiva con arreglo a los requisitos previstos en el art. 2 de la Ley Reguladora, en la parte del préstamo correspondiente a dicha cuota insatisfecha y no pagada a su vencimiento?

306

Creo posible la admisibilidad de subrogación parcial en tal supuesto, sin que en principio parezca existir obstáculo alguno que la impida. Además, el art. 2 en su párrafo primero, habla de deuda y no de préstamo; es decir, que el deudor puede hacer la subrogación, cuando para pagar la deuda... Asimilo a deuda el impago de la cuota periódica, al originar una deuda (consecuencia del impago) por el importe de la cantidad correspondiente a la cuota a satisfacer, vencida, devengada y no satisfecha ni pagada a la fecha de su vencimiento...

Por tanto, considero posible la subrogación parcial en este supuesto vía art. 1.211 del Cód. civil, desarrollado normativamente por la Ley Reguladora; en definitiva, como supuesto de subrogación parcial operada por voluntad del deudor y en virtud de acuerdo alcanzado con la nueva entidad acreedora dispuesta a subrogarse y sin consentimiento de la primitiva acreedora.

Considero posible también la subrogación parcial en este supuesto vía de los números 1 y 2 del art. 1.210 del Cód.

civil, que presume la existencia de subrogación (cuando un acreedor pague a otro preferente; o cuando un tercero, no interesado en la obligación, pague con la aprobación expresa o tácita del deudor). Considero siguiendo a LA CRUZ, que la presunción del art. 1.210 del Cód. civil es una presunción *iuris et de iure*, y ni el acreedor ni el deudor puede evitar la subrogación impuesta por la Ley en virtud de tales presunciones. Ya que en caso contrario, quedaría en manos y a voluntad del acreedor la eficacia de la subrogación aun después de haberse cobrado el importe de su crédito, negando haber prestado su consentimiento a la subrogación.

Efectos: los de los arts. 1.212 y 1.213 del Cód. civil.

c) Si en el caso 2) que se está examinando, ha sido prevista la posibilidad de amortización anticipada, por haber sido expresamente contemplada en la primitiva escritura de préstamo, habrá que distinguir a su vez lo siguiente:

i) Si se preveyó expresamente la amortización anticipada total y no la parcial.—Respecto a la posibilidad de subrogación parcial, si se desea amortizar solo parcialmente el primitivo préstamo hipotecario, vale lo ya dicho al examinar el supuesto 2-a, (caso de no haber sido prevista la amortización anticipada del préstamo, al no haberse convenido su posibilidad en la escritura pública que lo documenta).

ii) Si se preveyó expresamente y se pactó la posibilidad de amortizar parcial y anticipadamente el préstamo hipotecario, no existe obstáculo alguno que impida y se oponga a la posibilidad de subrogación parcial. El consentimiento del acreedor, preceptivo y necesario, ya ha sido prestado anticipadamente al haber convenido con el deudor su posibilidad en la escritura que documenta el préstamo hipotecario.

d) Si en cualquiera de los supuestos estudiados bajo este número 2 el préstamo ya ha vencido: vale lo dicho con anterioridad bajo el número 1-a anterior.

3. Efectos de la subrogación parcial cuando pueda tener lugar en los casos en que ésta proceda, en los distintos supuestos ya examinados.

Sus efectos son los previstos y contemplados en los arts. 1.212 y 1.213 del Cód. civil.

Concurriendo la acreedora primitiva y la segunda o nueva acreedora subrogada en una parte del préstamo como consecuencia del pago parcial por ella efectuado, la primera acreedora podrá ejercitar su derecho para hacer efectivo el importe del resto del préstamo, con preferencia al que se hubiera subrogado en su lugar en una parte del préstamo como consecuencia del pago parcial del mismo. Su fundamento se justifica, en el axioma clásico de: *Nemo se subroga contra Se*.

308 Si en alguno de los casos anteriormente vistos y examinados, sólo concurren acreedores que lo son por subrogación en una parte del préstamo y por tanto distintos del primer acreedor, como consecuencia de los distintos pagos parciales del primitivo préstamo hipotecario efectuados por cada uno de ellas, no tendrá lugar la preferencia que establece el art. 1.213 del Cód. civil. En tal caso, ninguna de las subrogadas tendrá preferencia sobre las demás, y todas concurrirán en las mismas condiciones y en pie de igualdad; sin que como digo, pueda ninguna de ellas pretender ejercitar su derecho con preferencia al de la otra o al de las demás.

B. Subrogación parcial e hipoteca, cuya titularidad activa, se les transmite a cada uno de los acreedores que lo son por efecto de la subrogación parcial.— Art. 1.212 del Cod. civil.

Estimo que en los supuestos de subrogación parcial cuando proceda, existe una sola hipoteca por cuotas indivisas a las del préstamo. Desde el punto de vista de la titularidad activa, cabe considerar lo siguiente:

1.— El préstamo es único y unitario, si bien por los efectos de la subrogación parcial, cada una se subroga en una cuota de ese préstamo unitario correspondiente y proporcional al importe del principal del préstamo que la primera en-

tividad acreedora ostenta contra el deudor y en la parte efectivamente pagada por la segunda y nueva acreedora que se subroga parcialmente y por efectos del pago.

2. La hipoteca constituida inicialmente en garantía del préstamo, se les transmite por cuotas a cada uno de las segundas y nuevas acreedoras parcialmente subrogadas, íntegramente y en su totalidad a cada una de ellas. Lo que se justifica aun más si cabe, en el carácter accesorio e indivisible de la carga hipotecaria respecto al crédito que garantiza.

Cada acreedora que lo es por subrogación parcial, podrá ejercitar la acción personal en efectividad de su porción creditual, e igualmente puede ejercitar la acción real hipotecaria que le corresponde separada e independientemente de las demás. La cuota que a cada una le corresponda en la titularidad activa de la hipoteca, habida cuenta que se origina una situación de cotitularidad y que el art. 54 del R.H. exige que se determine por exigencias derivadas del principio de especialidad, queda concretada por y con relación a la participación que en el préstamo hipotecariamente garantizado corresponde a cada una de las acreedoras que lo son por subrogación, en las cantidades correspondientes a los importes de los pagos parciales del principal del préstamo efectuado por cada una de las nuevas acreedoras en virtud de subrogación parcial. Tal concreción de cuota, con relación a la participación que en el préstamo corresponde a cada una, considero que deberá de reflejarse necesariamente en la escritura de subrogación parcial que se otorgue (Res. de la D.G.R.N. de fecha 23 de marzo de 1994).

Ejecución de Hipoteca. Consecuencias y Ejercicio de la acción hipotecaria.— Considero aplicable lo dispuesto en el art. 227 del R.H. y arts. 135, párrafo 2.º y 127 de la L.H. Ejercitada la acción hipotecaria por una de las acreedoras, en efectividad de la parte del préstamo en que se hubiera subrogado, separadamente y con independencia de los demás, subsistirá viva e íntegramente la hipoteca, pudiendo a su vez cada una de las cotitulares y acreedoras que lo son

por subrogación, ejercitar la efectividad de parte o porción del primitivo préstamo en que se hubiesen subrogado.

De manera que verificada la venta, se transmitirá la finca al comprador gravada con la hipoteca correspondiente que subsistirá y garantizará la parte del crédito que aun no estuviera satisfecho. O sea, la parte del préstamo en que cada una de las acreedoras lo son por subrogación y a quienes aun no se les hubiera satisfecho la parte del crédito en que se hubiesen subrogado.

(NOTA: Si el presente trabajo ve la luz, lo es merced a la insistencia reiterada de mi buen amigo y compañero, el Notario de Cartagena, César-Carlos Pascual de la Parte, quien cree aún más que yo, en la utilidad de su publicación).

**TRADICION INSTRUMENTAL Y POSESION
DEL *TRADENS***

**(A PROPÓSITO DE LA STS DE 1 DE JUNIO DE 1995.
CASO DEL CASTILLO DE CALATRAVA)**

313

MATILDE CUENA CASAS

Doctora en Derecho

Una de las cuestiones más debatidas en materia de transmisión de la propiedad, y que más problemas ocasiona en la práctica, es la que se refiere a si el transmitente debe ser poseedor de la cosa para que la tradición instrumental sea verdaderamente operativa. De ser ello necesario, la propiedad no podrá transmitirse cada vez que, en el momento del otorgamiento de la escritura pública, la cosa no se encuentre en posesión del *tradens*. Para quienes pensamos lo contrario, el obstáculo que puede encontrar la tradición (y no sólo la instrumental) para no lograr su cometido solamente es algo tan distinto como la ausencia de poder de disposición del *tradens*: un *tradens* no dueño, o que lo es de una cuota, por pertenecer la cosa pro indiviso a varias personas,

o un *tradens* dueño pero con prohibición de disponer, cuando vende y entrega, no logra la transmisión, y lo que la mera tradición posesoria no consigue podrá llegar a conseguirlo la usucapión. Pero un *tradens* dueño y no poseedor, naturalmente que transmite por tradición, no requiriendo por lo tanto el acto ningún modo de adquirir subalterno. Se comprende, pues, que la cuestión es de una gravedad práctica extraordinaria.

El Tribunal Supremo ha vuelto sobre el particular en la Sentencia de 1 de julio de 1995, poniendo fin a una larga historia que tenía como objeto del litigio al bellissimo Castillo de Calatrava, en la provincia de Ciudad Real. Naturalmente, en un caso como éste, la sentencia suscita planteamientos acerca de muy variados problemas, pero creo que el que ha de tratarse con mayor detalle debe ser el que da título a este trabajo, con independencia del tratamiento periférico que en el mismo se haga de otras cuestiones.

314

Para la comprensión del caso se hace preciso un relato pormenorizado de los hechos:

1. Como es bien sabido, en aplicación de las leyes desamortizadoras de 1 de mayo de 1855 y 11 de julio de 1856, los bienes pertenecientes a las Ordenes Militares pasaron a ser propiedad del Estado quien previa incautación de los mismos, procedió en años sucesivos a la venta de algunos de ellos en favor de particulares. La Orden Militar de Calatrava era, naturalmente, una de las afectadas (1).

(1) Las otras era las de Santiago, Alcántara, Montesa y San Juan de Jerusalén (art. 1 de la Ley de 1 de mayo de 1855). El art. 4 de la Ley de 11 de julio de 1856 dispone que "a los actuales Comendadores de las Ordenes Militares de Calatrava, Alcántara y Montesa y de la de San Juan de Jerusalén, se les entregarán también inscripciones nominativas intransferibles de la renta de 3 por ciento, equivalentes en su rédito al importe del rendimiento del año común de un decenio de las encomiendas de que son usufructuarios, cuyas inscripciones caducarán al fallecimiento de los Comendadores". Estos dos preceptos resumen la desamortización que interesa para este estudio.

2. El 19 de mayo de 1928 el Obispo Prior de las Ordenes Militares dirigió al órgano competente del Estado una instancia, en la que, alegó que el **Sacro Castillo-convento de Calatrava, sito en el Quinto (finca) llamado “Cuesta Redonda” o “Valsordo”**, término municipal de Aldea del Rey (Ciudad Real), no había sido vendido por el Estado a ningún particular, y solicitó que, en su calidad de propietario concediera el Estado a la Orden de Calatrava un usufructo vitalicio sobre dicho Castillo para cuidar de su conservación.

3. Con ocasión de esta petición, la Dirección de propiedades del Ministerio de Hacienda inició un expediente con el fin de determinar la situación patrimonial del Castillo de Calatrava. En dicho expediente se personó **don Juan José B.T.** en su calidad de propietario del Quinto Cuesta Redonda o Valsordo, alegando ostentar un derecho de propiedad sobre el Castillo, por formar parte integrante de la referida finca de su propiedad, oponiéndose a la aprobación del citado expediente.

315

4. Ante dicha oposición el Ministerio de Hacienda ordenó que la Abogacía del Estado ejercitara contra don Juan José B.T. una acción reivindicatoria del Castillo y del camino que al mismo conduce. En fecha 26 de abril de 1932, el Abogado del Estado de Ciudad Real dio cumplimiento a lo ordenado y promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de dicha capital juicio declarativo de mayor cuantía contra don Juan José B.T.

5. Con fecha 27 de junio de 1932 el Sr. Juan José B.T. dirigió una instancia al Ministerio de Hacienda, en la que, después de insistir en que el Castillo de Calatrava era de su propiedad, agregaba que para evitarse las contingencias de un pleito de mayor cuantía y los gastos consiguientes a su larga tramitación, **hacía renuncia expresa de todos los derechos que tenía sobre el Castillo y el camino que daba acceso al mismo, reconociendo la propiedad del Estado.** Asimismo, suplicaba al Ministerio que diera orden al Abogado del Estado para que desistiera de la demanda presentada.

El Sr. Abogado del Estado desistió de la expresada demanda mediante escrito de fecha 1 de julio de 1932.

6. El 26 de septiembre de 1932 los Sres. Alcalde y Secretario del Ayuntamiento de Aldea del Rey, cumpliendo lo ordenado por el Administrador de Rentas Públicas de la provincia, tomaron posesión, en favor del Estado, del referido Castillo de Calatrava, terrenos anejos y camino de comunicación, enclavado en el quinto "Valsordo", propiedad de don Juan José B.T.

7. En los años sesenta el Ministerio de Educación y Ciencia se percató de la falta de inscripción del referido Castillo de Calatrava y promueve su inmatriculación a nombre del Estado, la cual se efectúa en el Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo, con arreglo al art. 206 de la Ley Hipotecaria, el 4 de noviembre de 1965, pasando a ser la finca registral número 7.845 del referido Registro de la Propiedad.

8. Por Real Decreto 3296/1983 de 5 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de cultura, se dispuso la transferencia de determinados bienes propiedad del Estado en favor de dicha Comunidad Autónoma, incluyéndose dentro de los mismos el Castillo de Calatrava.

9. Por otro lado, y al margen de que don Juan José B.T. había reconocido los derechos del Estado sobre el Castillo en 1932 (o al menos, desistido de defenderse de la demanda planteada por el Estado), sucedió que doña Teresa y doña Gavina G.T., causahabientes de aquél, en fecha 8 de marzo de 1943 otorgaron escritura pública de venta en favor de don **Agustín C.Z.** de "un quinto en el término municipal de Aldea del Rey, al sitio Cuesta Redonda titulado Valsordo". Era la finca registral número 1195 del Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo. Aunque sin precedente escriturario ni registral alguno, en dicha escritura pública se hizo constar que dentro de la referida finca "se halla enclavado el histórico y famoso Castillo de Calatrava, relicario de España".

10. Con fecha 13 de enero de 1944, la expresada finca registral número 1195 fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo como de propiedad de don Agustín C.Z. Por vez primera hubo constancia registral de que dentro de la referida finca se encontraba el Castillo.

11. La expresada finca registral número 1195 fue agrupada a otras nueve fincas más, todas ellas propiedad de don Agustín C.Z., con cuya agrupación se dio origen a la finca registral número 5925 del mismo Registro de la Propiedad. De esta última finca registral fueron segregadas 173 hectáreas y 28 áreas, con las que se formó la finca registral número 5926, la cual, por fallecimiento de don Agustín C.Z., pasó a ser propiedad de su hijo y heredero **don Inocente C.V.**, a cuyo nombre fue inscrita la expresada finca en el Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo, el 14 de diciembre de 1947. En la inscripción, que era la primera, se hizo constar que dentro de la referida finca “se halla enclavado el histórico Castillo de Calatrava”.

317

12. Por fallecimiento de don Inocente C.V., la expresada finca registral número 5926 pasó a ser propiedad de su hijo don Inocente C.V. (del mismo nombre y apellidos que su padre) a cuyo nombre fue inscrita la finca en el Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo, el 5 de junio de 1982.

13. Con fecha 9 de noviembre de 1982, don Inocente C.V., solicitó del Ministerio de Cultura el **deslinde administrativo** de la referida finca registral n.º 5926, de su propiedad, con respecto al expresado Castillo de Calatrava. Por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de abril de 1986, fue aprobado el referido deslinde administrativo.

14. En 1987, don Inocente C.V. promovió contra el Estado español un juicio de menor cuantía, en el que ejercitó acción reivindicatoria del referido Castillo de Calatrava y sobre otros extremos. El Juzgado, en sentencia de 14 de junio de 1989, estimó la excepción de falta de legitimación pasiva

del Estado, por haber transferido la titularidad del Castillo de Calatrava a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, hizo un pronunciamiento absolutorio en la instancia y se abstuvo de entrar a conocer del fondo de la cuestión litigiosa. La referida sentencia quedó firme.

15. Tras la formulación de la perceptiva reclamación previa en vía gubernativa, que le fue denegada, en octubre de 1990 don Inocente C.V. promovió contra la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha el juicio de menor cuantía del que dimana este recurso, en el que diciendo ejercitar acciones “reivindicatoria de la propiedad, declarativa de derechos, denegatoria de servidumbres y otros extremos”, solicitaba que se declarase:

A. Que la finca Sacro Convento Castillo de Calatrava la Nueva es parte integrante de la finca Cuesta Redonda o Convento, en el término municipal de Aldea del Rey (Ciudad Real), y, por tanto, pertenece en propiedad dicha finca a don Inocente C.V.

B. Que la inscripción registral de la finca Sacro Convento Castillo de Calatrava la Nueva, finca registral 7845 de 1965, es nula, y por tanto carente de efectos jurídicos.

Subsidiariamente a lo anterior, que se declarase:

A. Que la extensión superficial de la finca registral 7845, inscripción de 1965, es de 2.600 metros cuadrados, declarándose no ajustado a Derecho el deslinde y amojonamiento efectuado, ordenándose que se proceda a un nuevo deslinde y amojonamiento en base a los títulos inscritos, o en su defecto se realice en fase de ejecución de sentencia en vía judicial dicho deslinde y amojonamiento, con la extensión superficial inscrita de 2.600 metros cuadrados y no con los 46.675 metros cuadrados detentados actualmente por la Administración.

B. Que se reconozca que el camino de acceso que va desde la carretera de Calzada de Calatrava a Puertollano hasta el Castillo no es parte integrante de la finca registral 7845; que dicha finca registral 7845 linda por sus cuatro

puntos cardinales con la finca Cuesta Redonda o Convento, propiedad de don Inocente C.V.; y que esta última finca no tiene servidumbre de paso ni ninguna otra carga o gravamen en favor de la finca registral 7845.

C. Que el Sacro Convento Castillo de Calatrava la Nueva se encuentra en el cerro Alacranejo, y no en el cerro Mesto, como reza la inscripción registral 7845 del Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo

D. Que la explanada donde aparcen los vehículos y la cochera que se encuentra al lado de dicha explanada son propiedad de don Inocente C.V.

E. Que queden sin efecto cuantas titulaciones o asientos obren en el Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo que se encuentren en contradicción con lo solicitado y estimado.

16. La demandada Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, formuló reconvencción por la que postuló que se dictase sentencia “en la que reconociendo el dominio de la Junta de Comunidades sobre el Sacro Castillo de Calatrava, en la extensión y linderos establecidos en el expediente de deslinde, disponga la cancelación y rectificación de la inscripción 5926, folio 227, tomo 920, libro 91, término de Aldea del Rey, en todas sus menciones y referencias al Castillo de Calatrava y asimismo la rectificación de la inscripción de la finca 7845, para corregir la superficie ocupada de 2.600 metros cuadrados por 46.675 metros cuadrados».

17. La Audiencia Provincial de Ciudad Real hace los siguientes pronunciamientos:

A. Estimando parcialmente la demanda, declara:

a) Que el Sacro Castillo de Calatrava la Nueva ocupa la totalidad de la superficie de la cúspide del cerro “el Alacranejo”, estando enclavado íntegramente en la finca Cuesta Redonda o Valsordo.

b) Que la explanada donde aparcen los vehículos y la cochera que se encuentra al lado de dicha explanada, sita fuera del Sacro Convento Castillo e Iglesia de Calatrava la

Nueva, son propiedad del demandante, encontrándose fuera incluso de los deslindado por la Administración.

B. Desestima todos los demás pedimentos de la demanda y, estimando totalmente la reconvención declara que “procede la cancelación y rectificación de la inscripción de la finca 5926, en todas sus menciones y referencias al Castillo de Calatrava, procediéndose a la rectificación de la inscripción de la finca 7845, haciendo constar que la superficie de la citada finca es de 46.675 metros cuadrados”. La sentencia recurrida, al igual que la de primera instancia, basa su pronunciamiento desestimatorio del pedimento de la demanda referente a la titularidad dominical del litigioso Castillo de Calatrava, en las siguientes consideraciones:

320 a) El Estado ha adquirido por usucapión el dominio de expresado Castillo y del camino que conduce a él, al haber venido poseyéndolos durante más de treinta años, desde el 26 de septiembre de 1932, en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente.

b) Como consecuencia de lo anterior, se ha producido la prescripción extintiva de la acción que pudiera haber correspondido a quien creyera tener algún derecho a reclamar o reivindicar el Castillo y del camino que conduce al mismo.

c) El propio actor don Inocente C.V. tiene reconocido que el Estado (hasta su transferencia, en 1983, a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha) era el propietario del Castillo de Calatrava, ya que, en 1982, pidió expresamente a la Administración del Estado el deslinde administrativo de la finca de su propiedad (finca registral 5926) con respecto al expresado castillo, que se halla enclavado en dicha finca.

18. Contra la sentencia de la Audiencia, el demandante don Inocente C.V. interpuso recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima.

Uno de los preceptos invocados por el recurrente en el primer motivo del recurso es el párrafo segundo del art. 1.462 del Código civil que regula la tradición instrumental. El título de dominio que invoca el recurrente es la escritura pública de 8 de marzo de 1943, por la que don Agustín C.Z. (abuelo del recurrente) compró la finca o quinto "Cuesta Redonda" o "Valsordo" en la que se encuentra situado el castillo litigioso. Pues bien, el Tribunal Supremo, en el Fundamento de Derecho quinto niega valor traditorio a la referida escritura pública a los efectos de adquirir el dominio por entender que:

"la tradición instrumental que establece el párrafo segundo del art. 1.462 C.c., a la que el recurrente pretende acogerse (...) requiere, por un lado, que el vendedor se halle en la posesión del bien que se dice comprado, circunstancia que no concurría en el presente caso, con respecto al Castillo de Calatrava, pues las vendedoras doña Teresa y doña Gavina G.T. (causahabientes de don Juan José B.T., que el 1 de julio de 1932 había reconocido la propiedad del Estado sobre el referido Castillo) no se hallaban en la posesión del mismo y, por otro lado, la expresada tradición instrumental entraña una presunción iuris tantum, que puede ser destruida no sólo por lo que conste en la propia escritura, sino también por hechos incontrovertibles de la realidad física y jurídica, que es lo ocurrido en el presente caso, en el que aparece plenamente probado que el castillo litigioso venía siendo poseído por el Estado, en concepto de dueño y de manera pública, pacífica e ininterrumpida, desde el 26 de septiembre de 1932, en que tomó posesión del mismo (...) a lo que ha de agregarse que en la expresada escritura pública de 8 de marzo de 1943 lo único que se afirma es que el Castillo de Calatrava se halla enclavado dentro de la finca vendida, lo cual es totalmente cierto y concuerda plenamente con la realidad física, pero en ningún momento se dice en la meritada escritura que del expresado castillo fueran propietarias las vendedoras de la aludida finca, ni, por tanto, que se ven-

dieran a don Agustín C.Z., el cual no consta que en momento alguno se opusiera a la posesión en que el Estado se hallaba del repetido castillo, respecto del cual el propio Estado tenía un constante servicio de guarda o vigilancia del mismo”.

322 El Tribunal Supremo en este Fundamento de Derecho mezcla cuestiones por completo heterogéneas para rechazar la alegación hecha con base en el párrafo segundo del art. 1.462 C.c. Y ello porque una cosa es entender que la escritura pública no tuvo valor traditorio a los efectos de provocar la adquisición del dominio, por entenderse que es preciso que el *tradens* no sólo sea dueño de la cosa vendida sino que también debe ser poseedor –posición que no comparto por lo que luego expondré–, y otra muy diferente entender que no hubo transmisión del dominio del Castillo porque éste no fue considerado objeto del contrato de compraventa dado que sólo se hace mención en la escritura de su ubicación dentro de la finca vendida. Si se entiende esto último, huelga entrar a discutir si la tradición instrumental requiere o no la condición de poseedor en el *tradens*, pues sencillamente el Castillo litigioso no ha sido objeto de contrato de compraventa alguno. En una palabra, o el recurrente no adquirió nunca el Castillo porque éste nunca fue objeto vendido o, si se entiende que sí lo fue, tampoco adquirió el comprador por carecer de valor traditorio la escritura pública al faltar la condición de poseedor en el *tradens* (doña Teresa y doña Gavina G.T.) dado que se considera probada la posesión del Castillo por el Estado. Ambas hipótesis por su heterogeneidad deberían haber sido tratadas separadamente en la sentencia.

Como he señalado, no comparto la tesis que mantiene el Tribunal Supremo en esta sentencia acerca de los requisitos de la tradición instrumental y, concretamente, el de la necesidad de la condición de poseedor en el *tradens* para que la escritura pública tenga operatividad traditoria-traslativa, a los efectos del párrafo segundo del art. 609 C.c. Y ello porque

entiendo que tal planteamiento confunde la doble función que viene a cumplir la tradición en nuestro sistema: como modo de transmisión posesoria (*traditio* posesoria) y como modo de transmitir la propiedad u otro derecho real (*traditio* traslativa).

La condición de poseedor en el *tradens* será precisa cuando la tradición venga a cumplir la función de transmitir la posesión, es decir cuando se trate de determinar si el *accipiens* adquirió o no la condición de poseedor (art. 438 C.c.). Sin embargo, cuando se trate de determinar si el *accipiens* ha devenido dueño o no de la cosa, es decir, si se ha producido o no la tradición que exige el art. 609 (que es precisamente lo que se dilucida en el caso que nos ocupa, en el que se discute si don Agustín C.Z. –abuelo del recurrente– adquirió o no el Castillo de Calatrava en virtud de la escritura pública otorgada por doña Teresa y doña Gaviña G.T) lo decisivo a los efectos de la adquisición del dominio es si el *tradens* es dueño o no de la cosa vendida y no si es poseedor pues, de lo contrario, se subordina la adquisición de la propiedad a la adquisición de la posesión deviniendo inalienable el derecho de propiedad de aquel que ha perdido la posesión de una cosa de la que es titular (art. 460. 4.º C.c.) (2). De esta forma se llega a una curiosa situación en la que la posesión *ad usucapionem* del Castillo por el Estado desde el 26 de septiembre de 1932 no sólo le permite consolidar en el futuro la adquisición por

323

(2) En este sentido, señala LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III*, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 223, “a quien ha sido despojado (la posesión) de un bien, le queda la propiedad. Este derecho, aun sin posesión, es necesariamente transmisible: la propiedad comporta el derecho de disponer de su objeto (art. 348 C.c.) salvo que una ley lo haga indisponible, lo cual no es de presumir en la línea ideológica del Código civil, contrario a las vinculaciones (...). La escritura pública permite ceder la acción reivindicatoria, es decir, el derecho de propiedad del despojado, que de otro modo, al no tener el reivindicante –por hipótesis– la posesión, no podría transferirse nunca o bien se transferiría –la reivindicatoria– en calidad de “derecho incorporal” al amparo del primer párrafo del art. 1.464, que respecto de los bienes incorporales reenvía al art. 1.462,2.º”.

usucapión sino que a su vez impide la enajenación del bien por el legítimo propietario.

En el fondo de este entendimiento de la tradición instrumental subyace la propia interpretación de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales consagrado en el párrafo segundo del art. 609 C.c. Los que ven en la tradición un mero hecho cuya función es la de conferir al adquirente el disfrute del bien adquirido, abogan por la exigencia en el *tradens* de la condición de poseedor, sea mediato o inmediato, negándosela al *dominus* despojado (art. 460,4.º C.c.). Por el contrario, el entendimiento de la tradición como modo de adquirir, como acto de disposición, supone no requerir para el *tradens* la condición de poseedor, pudiendo el dueño despojado transferir la titularidad de su derecho a través de la tradición instrumental (3). En este sentido es reveladora la opinión de DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO que viene a resumir la doctrina que, como en la sentencia que comento, subordina la adquisición de la propiedad a la adquisición de la posesión:

“... si la tradición es, ante todo y sobre todo, una transmisión de posesión, sólo podrá transferir por tradición –real, simbólica o *ficta*– quien tenga la posesión. Evidentemente, el dueño sin posesión sigue siendo dueño y podrá transmitir por sucesión testada e intestada, pero para transmitir «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», precisamente mediante la tradición, es menester que disponga de los medios para que esa tradición pueda efectuarse, o sea que es necesario que pueda transmitir la posesión, y para esto, lógicamente, es preciso que sea poseedor, que tenga la posesión, porque *nemo dat quod non habet*” (4). Y aña-

(3) Vid. más extensamente, el capítulo IV de mi trabajo, *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona, 1996, págs. 238 y ss.

(4) DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO, “La tradición en la transmisión de los derechos reales”, *Revista de Derecho español y americano*, 1964, pág. 39. También exige la condición de poseedor en el *tradens* para que la propiedad se transmita por el art. 1.462,2.º, CASTÁN, *Derecho civil*, t. I, Madrid, 1941, pág. 434; FERNÁNDEZ

de, concretamente respecto de la tradición instrumental, que ésta “produce los mismos efectos que la real o material. Pero para que desarrolle toda su eficacia es menester que no haya obstáculos jurídicos que hubieran impedido la tradición real y material. La tradición instrumental es una *traditio ficta*, no real, pero que como todas las ficciones, está supeditada a determinadas limitaciones. Así, por ejemplo, en la *longa manu* el mero señalamiento de la finca no implica tradición cuando el transmitente no posea la finca por haber perdido la posesión. La *longa manu* presupone que no hay obstáculo jurídico, ni de mero hecho, en la toma real de posesión; entonces facilita la entrega excusando la llegada a la finca y la efectuación de la toma de posesión material (...). En definitiva, si la tradición real no pudiera verificarse por existir algún obstáculo de tipo jurídico o por requerirse el inexcusable cumplimiento de formalidades legales, parece lógico que la ficción, esto es, la tradición instrumental, tampoco tenga efectividad, y que, consiguientemente, el otorgamiento de la escritura no equivalga a la entrega” (5).

Pero es que la ficción en que consiste la tradición instrumental parece residir precisamente en que no existe tras-paso posesorio, bien porque no cabe por la naturaleza del

ARROYO, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1994”, *C.C.J.C.*, n.º 35, 1994, pág. 664; MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pág. 263 y ss.; HERMIDA LINARES, “La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre bienes inmuebles”, *R.C.D.I.*, 1966, pág. 1420; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, vol. I, Madrid, s.f., pág. 149; SANZ FERNÁNDEZ, “Un aspecto de la fe pública registral”, *R.D.P.*, 1945, pág. 227: “la tradición instrumental tiene dos características: la de ser una presunción *iuris tantum* y la de requerir como elemento indispensable que el vendedor esté en posesión de la cosa o tenga la posibilidad de entregarla en el momento de perfeccionarse el contrato. Si este requisito no se cumple, no hay tradición y, por tanto, no hay transmisión del dominio o del derecho real”; MOLINA GARCÍA, *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Madrid, 1975, pág. 201: “la tradición traslativa del dominio exige que el tradente sea *verus dominus*, el cual además deberá poseer la cosa que entrega, pues de lo contrario sólo podría transmitir un derecho de obligación sobre ella”.

(5) DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO, “La tradición...”, *op. cit.*, pág. 54.

derecho (téngase en cuenta la remisión que hace el art. 1.464 respecto a bienes incorpóreos al art. 1.462,2.º), o bien porque no se tiene la posesión porque se ha perdido (art. 460, 4.º C.c.). Lo que, a mi juicio, no cabe aducir es que la imposibilidad de transmitir la posesión, es un obstáculo jurídico a la eficacia traslativa de la tradición instrumental, cuando –como creo– ésta es su razón funcional. Lo contrario lleva al absurdo, pues se niega a un dueño la posibilidad de enajenar su derecho de propiedad cuando no es poseedor (6). Lo que ciertamente constituye un obstáculo jurídico a la tradición como modo de adquirir en cualquiera de sus formas y no sólo la instrumental, es la ausencia de poder de disposición del *tradens* que imposibilita la realización de la tradición traslativa del dominio: un *tradens* no dueño, aunque poseedor, no realiza la tradición, sino una mera entrega posesoria.

326 La imposibilidad de transmitir la posesión es un obstáculo jurídico si se entiende, como hace DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO, que la tradición es, ante todo y sobre todo, una transmisión de posesión, es decir, si se considera que la transmisión posesoria resulta ser un requisito necesario de la tradición traslativa del dominio, posición que no comparto (7). Para transmitir la propiedad o el derecho real –que es lo que trata de determinar la sentencia que comento– se

(6) En este sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 160; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III*, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 233; CALVO SORIANO, “La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 2.ª, vol. 1.º, Madrid, 1962, pág. 451: “el propietario no deja de ser dueño, a pesar de la interferencia de un detentador en la mera situación posesoria, y por ello debe ser posible su transferencia. El *nemo dat quod non habet* se refiere a la propiedad, no a la posesión”. También en este sentido, ROCA TRÍAS, “Las relaciones entre la posesión y el Registro de la propiedad”, *R.C.D.I.*, 1979, pág. 38; GÓMEZ GÓMEZ, “Inscripción y tradición”, *R.C.D.I.*, 1958, pág. 238.

(7) Sobre la interpretación que mantengo acerca de nuestro sistema de transmisión de los derechos reales cfr. CUENA CASAS, de *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona, 1996, págs. 238 y ss.

requiere la condición de titular en el *dominus* y éste es, a mi juicio, el campo de aplicación de la máxima *nemo dat quod non habet*, la cual será aplicable a la posesión cuando sea ésta el objeto de la transmisión (8). De lo contrario, es decir, de exigir la condición de poseedor en el *tradens*, se hace inalienable el derecho de propiedad de cualquier no poseedor. En este sentido, señala ALBALADEJO, que “no cabe negar que es transmisible la acción reivindicatoria, transmisibilidad que no sólo se apoya en la inexistencia de precepto alguno que la excluya, sino en *arg. ex art.* 1.464 y 1.526 C.c.” (9). Hasta tal punto se ha sobrevalorado el requisito de la posesión para transmitir la propiedad por tradición que algún autor llega a conclusiones realmente insólitas. Tal es el caso a mi juicio de la propugnada por DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO que entiende que “el «adquirente», en principio (si el transmitente no es poseedor), no adquiere. Tiene evidentemente, título, pero no hubo modo. Si la acción reivindicatoria triunfa y adquiere la posesión de la cosa, entonces ya habrá modo y adquirirá plenamente” (10).

(8) Cosa distinta es que siendo el vendedor dueño no poseedor se transmita la propiedad por tradición instrumental y, sin embargo, por carecer el vendedor de posesión (mediata e inmediata) no se entienda cumplido el contrato de compraventa, pues, la obligación del vendedor no lo es de transmitir la propiedad sino de transmitir la posesión y garantizar que sea pacífica, en virtud de la obligación que asume el comprador de garantizar en caso de evicción. Por el contrario, tratándose de un vendedor poseedor *non dominus*, la entrega que éste efectúe en favor del comprador no tendrá la consideración de tradición traslativa del dominio y, sin embargo, se entenderá el contrato ejecutado, a salvo siempre la obligación de garantía en caso de evicción.

(9) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 160; ROCA TRÍAS, “Las relaciones entre la posesión y el Registro de la Propiedad”, *R.C.D.I.*, 1979, pág. 38 que aplica al caso del propietario despojado, el art. 1.464 C.c.: “el propietario no poseedor tiene la posesión de un derecho incorporal (el derecho de propiedad), debiendo aplicarse en este caso el art. 1.464 C.c. en cuanto regula la tradición cuando lo que se transmite sea un derecho incorporal. En consecuencia, será mediante escritura pública como se transmitirá la posesión de un derecho incorporal, el derecho de propiedad”. Esta autora sin pronunciarse acerca de si la tradición instrumental requiere de la posesión del *tradens*, llega a la misma conclusión que si se inclinara por la solución negativa, pero dando un rodeo a través del art. 1.464 C.c.

(10) DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADÍO, “La tradición en la transmisión de los derechos reales”, *Revista de Derecho español y americano*, 1964 pág. 40.

Esta conclusión supone llevar a sus últimas consecuencias el concepto arcaico de tradición como entrega de la posesión.

Como ha puesto de relieve ALBALADEJO, “el art. 1.462 no dice que el otorgamiento de la escritura equivalga a entrega, salvo que de la escritura resulte que no se entrega efectivamente, sino que dice que equivale a la entrega salvo que de la escritura resulte o se deduzca lo contrario. O sea, lo que debe deducirse de la escritura para que su otorgamiento NO CONSTITUYA la *tradición instrumental* (es decir, *no equivalga* a la entrega), es, no que la cosa no se entregó realmente, sino que la voluntad de las partes es contraria a que el otorgamiento sea traditorio (sea tradición instrumental). Lo cual es perfectamente cosa aparte de que de la escritura se deduzca que no hubo entrega efectiva. Pues con independencia de que ésta no se haya producido, las partes pueden querer (mejor dicho, pueden *no* hacer constar en la escritura que *no* quieren) que el otorgamiento de la escritura sea traditorio instrumental. De modo que entonces valdrá como tradición, siendo sin embargo seguro —porque se deduce de la propia escritura— que no hubo la real” (11). En este sentido, señala CALVO SORIANO que “el sentido literal del texto es rotundo: la palabra equivalencia significa igualdad en el valor, potencia o eficacia de dos o más cosas. Para la ley, la eficacia dispositiva o real que las partes persiguen en el correspondiente negocio jurídico, se consigue con igual valor, potencia o eficacia sea a través de la entrega posesoria o real, o bien por el otorgamiento de escritura pública” (12). La equivalencia a que se refiere el art. 1.462, 2.º no lo es a la entrega posesoria, sino a la tradición del art. 609 C.c., “siempre que de la escritura no resultare o se dedujere lo contrario”, es decir, que, por ejemplo no se ha-

(11) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, *op. cit.*, pág. 152.

(12) CALVO SORIANO, “La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 2.ª, vol. 1.º, Madrid, 1962, pág. 463.

ya pactado una reserva de dominio (13). Como ha hecho notar GÓMEZ GÓMEZ, “la escritura pública equivale a la entrega, pero no la sustituye o presume. *Equivaldrá*, es decir, surtirá los mismos efectos que la entrega de la cosa en orden a la transmisión de la propiedad; lo que viene a decir que la forma instrumental es una verdadera forma de tradición, a los efectos del art. 609. El otorgamiento de la escritura pública es tradición *per se*, no una presunción de tradición o entrega” (14). Por ello, no es suficiente pues, para desvirtuar la presunción del art. 1.462,2.º la simple prueba de la posesión de la cosa por un tercero (así lo señaló la sentencia de 22 de marzo de 1952, art. 506 en contra de lo que establece la sentencia que comento que establece que “la expresada tradición instrumental entraña una presunción *iuris tantum* que puede ser destruida no sólo por lo que conste en la propia escritura, sino también por hechos incontrovertibles de la realidad física y jurídica, Fundamento de Derecho quinto) sino que es necesario que se deduzca de la escritura que la voluntad de las partes es la de negar al instrumento público *valor traditorio*. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencias de 25 abril 1949 (Ar. 568) y de 8 de julio de 1983 (Ponente: Beltrán de Heredia y Castaño, Ar. 4122). En esta última se señala que “la presunción que el art. 1.462,2.º establece no tiene el carácter de todas las presunciones *iuris tantum*, sino que según precisó la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo —especialmente en sentencias de 22 de marzo y 28 de junio de 1961— sólo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca lo contrario; siendo irrele-

(13) En este sentido, GARCÍA CANTERO, *Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, pág. 912; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid, 1982, pág. 41, nota 18 bis: “De la escritura se deduce lo contrario si en ella se conviene aplazar o condicionar la transmisión del dominio, de modo que de ella sólo se deriva un derecho personal para conseguir en su día el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa”.

(14) GÓMEZ GÓMEZ, “Inscripción y tradición”, *R.C.D.I.*, 1958, pág. 242.

vante lo que digan unos testigos respecto a si hubo o no entrega" (15).

Las partes pueden querer transmitir la propiedad y no la posesión por carecer de ella el *tradens*, de forma que se transmita el derecho real y la posibilidad de ejercitarlo a través de la correspondiente acción reivindicatoria.

Ha sido poco acertado que nuestro legislador omita una regulación específica de la tradición traslativa del dominio (a modo de la que se realizó en el Proyecto de Código civil de 1836), y que además regule las formas de tradición con ocasión de la obligación de entrega en la compraventa, siguiendo en este punto al legislador francés. De esta forma, se confunde la obligación de entrega del vendedor (que sí lo es de transmitir la posesión, no de la propiedad) con las formas de tradición traslativa del dominio (16), algunas, como la que estamos estudiando, no requieren la transmisión de la posesión de la cosa y ello a pesar de estar reguladas al tratar de la obligación de entrega del vendedor. Esta

(15) Por el contrario, opina SANTOS BRIZ (*Derecho civil. Teoría y práctica*, t. II, Madrid, 1973, pág. 201) que "no parece tampoco interpretación equivocada entender que el art. 1.462,2.º, admita en contra de la tradición instrumental mediante escritura pública no sólo que "de ella" resulte otra cosa, sino también que "de otras pruebas" "se dedujere claramente lo contrario". Esta interpretación es concordante con la norma procesal y sustantiva de equivalencia de las pruebas en el proceso civil, y si cuando se trata de apreciar la de la confesión judicial, pese al art. 1.232 C.c., se la equipara a las demás, según constante jurisprudencia, no se descubre razón por la que haya de prevalecer contra la tradición del art. 1.462,2.º, "únicamente" lo que resulte de la escritura, cuando ésta puede ser redargüida de falsa, o aun sin esta objeción puede ser contradicha razonablemente por otras pruebas".

(16) En este sentido, señala JERÓNIMO GONZÁLEZ, "La tradición de fincas en los instrumentos públicos", *A.A.M.N.*, t. I, Madrid, 1945, pág. 38, que "en el fondo de todos estos problemas yace una confusión entre las formas legales de tradición y el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa vendida. El Código francés, que no admite aquel modo de adquirir, contiene preceptos que han sido la base de nuestro articulado, como resulta de la comparación de los arts 1.604 y ss. de aquél con los arts 1.462 y ss. del Código civil español, y parece desprenderse de las palabras empleadas por los que intervinieron en la redacción de estos últimos que hay una perfecta analogía entre el cumplimiento de la obligación de entregar y la transferencia por medio de tradición. El Tribunal Supremo, en cambio, no ha tenido más remedio que distinguir la tradición propiamente dicha de la posesión o tenencia material de las fincas".

situación y esta inteligencia de las formas de entrega como transmisivas de la posesión encaja, por ejemplo, en el Código civil francés, ya que en el sistema francés de transmisión consensual la tradición sólo puede ser la entrega de la posesión, pues la propiedad ha pasado en el momento del consentimiento contractual.

Sin embargo, la tesis que mantiene la sentencia que comentamos no es aislada ya que hay jurisprudencia del Tribunal Supremo que entiende que la expresión “de la misma escritura no se deduzca lo contrario” va referida al hecho posesorio, es decir, que de la misma escritura no se deduzca la voluntad contraria a la transmisión de la posesión real o material. De esta forma, se interpreta la presunción del art. 1.462,2.º como una *presunción de tradición real* cuya prueba en contrario reside en acreditar la posesión de la cosa por un tercero.

331

Así, señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1992: (Ar. 9234) “la presunción *iuris tantum* de equivalencia entre el otorgamiento de la escritura pública y la entrega de la cosa (Ar. 1462,2.º C.c.) no se ha visto desvirtuada pues no han demostrado los demandados que al otorgamiento de la escritura pública de compraventa, no estuvieran las botas reales en poder de la vendedora”. También la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1991 (Ar. 8928): “El otorgamiento de escritura pública, tratándose de un contrato de compraventa y con independencia de la inscripción registral, inviste al adquirente de la posesión del inmueble, en virtud de la *traditio ficta* que contiene el párrafo segundo del art. 1.462 del Código civil, de tal manera que esta figura jurídica implica una presunción *iuris tantum* ya que la *traditio ficta* no significa radicalmente la tradición real del bien objeto de la venta. Puede suceder que un tercero esté en la posesión del mismo, atribuyéndose su titularidad dominical de tal manera que ello aboca a la posibilidad de tener que admitir prueba en contrario para combatir la posible discordancia entre la tradición instrumental de matiz legalista con la realidad jurídica material existente o bien cuando de la misma escritura resulte lo contrario”. Sentencia de 31 de octubre de 1951 (Ar. 2364): “La tradición o entrega instrumental está equiparada a la posesión real si de la misma escritura no se dedujere lo contrario, y es lo cierto que ni de la escritura ni de ningún otro elemento de juicio resulta destruida ni enervada la presunción legal de que por la tradición simbólica, derivada del otorgamiento de la escritura pública, se entiende efectuada la entrega de la cosa vendida, ni se está tampoco en presencia de supuestos

contemplados por sentencias de esta Sala en que la posesión *ficta* cede ante el hecho de estar poseyendo lo vendido un tercero y no el vendedor, pues si es éste quien posee la presunción se mantiene viva en los términos del art. 1.462,2.º C.c.».

Así y todo, según la posición que estimo acertada, la escritura pública implica la transmisión de la propiedad aunque el *tradens* no sea poseedor del bien vendido, circunstancia esta última que, sin embargo implicaría *ausencia de cumplimiento* de la obligación del vendedor, que lo es de transmitir la posesión y de garantizar que sea pacífica (arts. 1.461 y 1.474) (17). En este sentido, señala HERNÁNDEZ GIL que “la significación del otorgamiento de la escritura pública como tradición se da en el plano del derecho real; no en

(17) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III*, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 234; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*. Madrid, 1982, pág. 42: “Aunque la escritura no implique transmisión de la posesión (como ocurre en el caso de que la cosa esté poseída en concepto de dueño por otra persona que el transmitente del dominio o cuando se trata de derechos no susceptibles de posesión), equivale también a la entrega a efectos de transmitir el dominio. Otra cosa es que, aun transmitido el dominio, todavía puede entenderse que aún no está totalmente cumplida la obligación de entrega que deriva del contrato; dependerá ello de si lo que se vende es la cosa o sólo la acción reivindicatoria”. Por su parte, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. III, Madrid, 1995, pág. 795, “transmitida o no la propiedad, sobre el vendedor continúa vigente la obligación (deuda) de entregar materialmente la posesión de la cosa al comprador, a la que serían aplicables los arts. 1.462-1.464 no como cristalización de la *traditio*, sino como ejecución de la prestación obligatoria”. En el mismo sentido, GÓMEZ GÓMEZ, “Inscripción y tradición”, *R.C.D.I.*, 1958, pág. 242. Sin embargo, al estimar este autor que el vendedor está obligado a transmitir la propiedad, entiende que con el otorgamiento de la escritura pública el contrato está cumplido por lo que la acción que el *accipiens* debe ejercitar para exigir la entrega material no es una acción personal “sino la acción reivindicatoria u otra de fondo vindicatorio, como las acciones de desahucio ordinario o por precario, según los casos; acción que el *accipiens* podrá ejercitar también por regla general, como verdadero propietario que ya es, contra cualquier tercero que tuviese la cosa bajo su posesión”. Sin embargo, a mi juicio, y con independencia de lo que se dirá en su lugar oportuno, creo que la tradición instrumental, cuando el *tradens* no es poseedor no consuma el contrato de compraventa, por el que el vendedor está obligado a transmitir y garantizar al comprador la pacífica posesión de la cosa vendida. El hecho de que se haya operado la transmisión de la propiedad al comprador, refuerza su posición en tanto en cuanto no sólo goza contra el vendedor y terceros, de las acciones reales propias de su condición de dueño, sino que también puede ejercitar contra el vendedor la acción personal derivada del contrato para exigir la entrega material.

el plano de la relación obligatoria nacida del contrato. El significado de la entrega es obligacional y real. El de la escritura pública específicamente real. Por eso el vendedor no puede ampararse en ella y en su valor como tradición para decir que la cosa ha sido entregada; si no la entrega, incumple la obligación contractual, aunque por efecto de la escritura ya haya surgido el derecho real” (18). Entrega y tradición traslativa del dominio operan en ámbitos distintos, la primera necesaria para el cumplimiento del contrato de compraventa y la segunda para la transmisión de la propiedad.

Esta doble vertiente de la entrega hay que tenerla en cuenta a la hora de valorar la jurisprudencia acerca del art. 1.462,2.º C.c., ya que hay sentencias que exigen la condición de poseedor en el *tradens* cuando se trata de tradición instrumental, no tanto porque se estime necesaria la posesión del transmitente para la transferencia de la propiedad como para estimar cumplido el contrato. Es decir, no se discute propiamente un problema dominical sino la existencia de cumplimiento o no del contrato de compraventa. Tal es el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1890 (CL. n.º 117) que entendió que la falta de posesión del *tradens* como incumplimiento de la obligación de entregar lo vendido. Asimismo, la sentencia de 9 de enero 1941 (Ref. Ar. 3).

Hay también que tener presente, como ha puesto de relieve ALBALADEJO, la jurisprudencia que ha recaído sobre el art. 1.462,2.º C.c. con ocasión de juicios de desahucio: “como para poder desahuciar hay que ser poseedor (art. 1.564 L.E.C.), el T.S. niega la legitimación activa para el desahucio a las personas que, aunque recibieron tradición instrumental, ésta fue sin transferencia de la posesión ni como hecho ni como derecho, pues el *tradens* no tenía ninguna de las dos. En tal caso, el *accipiens* recibe, sí, tradición, pero sin ninguna clase de posesión, ni como hecho ni como derecho. Y el T.S. queriendo significar que denegaba el desahucio porque no había posesión del desahuciante, pues a pesar de haber habido tradición instrumental, ésta no había transmitido posesión alguna (por carecer de ella el *tradens*), dijo que no había tradición instrumental, porque la tradición por el otorgamiento de escritura pública es simplemente una presunción que establece la ley, pero que se deshace si se prueba que realmente no hubo entrega de la posesión” (19). Se trata de sentencias que no son ilustrativas del punto de vista que mantengo sencillamente porque no resuelven un problema domini-

(18) HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, pág. 303.

(19) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 153

cal sino que se discute la posesión. En este sentido, el *accipiens* aunque haya existido tradición instrumental, si el *tradens* no era poseedor (ni de hecho ni de derecho) es evidente que no ha transmitido la posesión.

Ejemplo de ello es la sentencia de 19 de febrero de 1951 (Ar. 590); la de 8 de junio de 1954 (Ar. 1595) dice: "si en principio, según lo preceptuado en el art. 1.462 C.c., la venta, por escritura pública, equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, tal norma carece de aplicación, cuando, como acontece en este caso, de la misma escritura se infiere que el adquirente no tomó posesión del inmueble transmitido, por haberse reservado al vendedor el derecho real de habitación; y, consiguientemente, si no se efectúa la tradición al privarse al comprador del disfrute de la cosa vendida, que es esencial al éxito de la acción de desahucio, dada su naturaleza y finalidad".

Si se predica la equivalencia del otorgamiento de la escritura pública a la tradición como modo de adquirir; es decir, al efecto dispositivo, tal equiparación no exige como *conditio sine qua non* la condición de poseedor del *tradens*, pero sí ineludiblemente la de *dominus*. Si además de no ser poseedor, el *tradens* tampoco es dueño o carece de poder de disposición, el otorgamiento de la escritura pública no produce ningún efecto traslativo, ni de la propiedad ni de la posesión (*nemo dat quod non habet*). Cosa distinta es que el *tradens* aparezca como titular registral, permitiendo así, por el juego del principio de fe pública registral, que el *accipiens* consolide una adquisición *a non domino* en virtud de lo dispuesto en el art. 34 L.H. Por tanto, así como en otras formas de tradición traslativa en las que sí se produce un traspaso posesorio (o una interversión de la posesión del *tradens* cuando continúa poseyendo en otro concepto), el *accipiens*, cuando el *tradens* no es dueño, es al menos poseedor *ad usucapionem* (lo que le permite, si se cumplen todos los requisitos que marca la ley, adquirir por usucapión), en cambio en la tradición instrumental el *accipiens* tiene la posibilidad de inscribir su derecho y adquirir a través de la mecánica del Registro, aunque no pueda usar de la usucapión.

La tradición instrumental es tradición, una de sus formas y no un equivalente, a pesar del tenor literal del art. 1.462, 2.º C.c. La tradición instrumental no es un *equivalente* de la

tradición, sino una *forma* de ella (precisamente como acto dispositivo), de la tradición del art. 609 C.c.: como modo de adquirir (20); forma que, a mi juicio, pone de manifiesto que no es de esencia a la tradición traslativa del dominio, la transmisión de la posesión del bien. Como ha señalado, LÓPEZ BURNOL, “la tradición instrumental no es siquiera una tradición simbólica o fingida, o presunta, una presunción de tradición, sino que es una tradición tan real como pueda serlo la entrega material de la cosa” (21). La afirmación de que la escritura pública es un *equivalente* de la tradición induce a entender que sólo existe verdadera tradición cuando se transmite la posesión (mediata o inmediata), y que cuando esto no es posible por la naturaleza del derecho o no es querido por las partes (como creo que sucede en el art. 1.462,2.º C.c.), nos encontramos con un sucedáneo, un equivalente de la *traditio* misma, como si nuestro legislador excepcionara el sistema consagrado en el art. 609, al sustituir la tradición por un acto *distinto* (escritura pública). O se dice que la escritura pública no constituye un equivalente de la tradición sino la tradición misma o, a lo sumo, esta equivalencia habría que predicarla de la forma más típica (y más primitiva) de tradición, la *real* regulada en el párrafo primero del art. 1.462 C.c., forma ésta de tradición que es la única que coincide con el término “entrega” (22). Así, la es-

335

(20) En este sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. 1.º, Barcelona, 1989, pág. 155: “el otorgamiento de escritura pública no es que sea una presunción de que hubo tradición, sino que es, él, una tradición, la instrumental”.

(21) LÓPEZ BURNOL, “Valor de la escritura y de la inscripción en las transmisiones inmobiliarias”, *A.A.M.N.*, t. XXXII, pág. 196. Asimismo, GÓMEZ GÓMEZ, “Inscripción y tradición”, *R.C.D.I.*, 1958, pág. 240, para quien “la tradición instrumental (y también las demás formas de tradición no posesorias admitidas expresa o tácitamente por el Código civil), es impropio llamarla *traditio ficta* o simbólica, como si fuera un sustituto o figura representativa de otro personaje principal: la entrega material de la posesión. El otorgamiento de la escritura es tradición *per se*”.

(22) Señala HERNÁNDEZ GIL, *La posesión*, Madrid, 1980, pág. 299, que “«equivaler» pone de manifiesto un significado que corresponde a la tradición y representa la entrega de la cosa. En lugar de la entrega, significándola, pero también sustituyéndola, por equivalencia, actúa la escritura pública”.

critura pública es una *forma* de tradición *equivalente* (en el sentido de que viene a cumplir la misma función) de otra *forma*, más arcaica, de tradición, la que se halla regulada en el propio art. 1.462; precisamente por ser equivalente no requiere poner la cosa en poder y posesión del comprador. La escritura pública sustituye a la entrega pero no a la tradición por tratarse la escritura pública de una *forma* de tradición (23).

En definitiva, subordinar la adquisición de la propiedad en virtud del art. 1.462,2.º C.c. a la adquisición efectiva de la posesión significa confundir propiedad y posesión (24). Si

(23) Aparentemente en contra, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III*, vol. 1.º, Barcelona, 1990, pág. 231, para quien “la tradición instrumental no es una *forma* de tradición, sino un *equivalente* suyo. En lugar de la entrega se pone otro acto distinto pero igualmente capaz de satisfacer la exigencia de que haya un *modo* transmissivo, quedando el sentido literal del art. 609 por cuanto al lado de la tradición se admite en calidad de modo la forma de la escritura pública que sirve de vehículo a la *justa causa*”. También del mismo autor, *Manual de Derecho civil*, Barcelona, 1990, pág. 329, al señalar que “si entendemos que la escritura pública es, no una forma de tradición, sino un equivalente que elimina la necesidad de tradición, la transferencia de la acción reivindicatoria del dueño no poseedor es posible”. Digo que esta opinión es sólo aparentemente contraria a la que mantengo en el texto porque lo que LACRUZ niega es que la escritura pública sea una *forma* de tradición entendida ésta como transmisión de la posesión (entrega), es decir, lo que niega es que por la escritura pública se opere el traspaso posesorio y, en este sentido señala que la escritura es un equivalente de la tradición, una sustitución de la entrega, de modo que la propiedad se transfiere por el otorgamiento de la escritura pública (si no resulta lo contrario de ella), sin necesidad de entrega ni de mención de la entrega en el documento. En el fondo comparto esta opinión pues a mi juicio, la escritura pública es un *equivalente* de la *entrega* pero una *forma* de *tradición*, entendida ésta como acto dispositivo.

(24) Para LÓPEZ DE HARO (“La tradición en el orden procesal”, *R.D.P.*, 1916, pág. 127) es tal la vinculación entre propiedad y posesión que, a su juicio, “puede venderse la cosa que uno posee, aunque pertenezca a otro; pero no puede venderse lo que a uno pertenece si otro lo posee, porque, en el primer caso, se puede hacer la entrega, y en el segundo no (...). Este fenómeno acontece porque la ley supone que el vendedor cuando vende, posee la cosa vendida y vende solamente lo que posee y como lo posea. Si no lo poseyera, en lugar de venta, el contrato será de cesión de acciones o de transmisión de derechos (...). Para poner en poder y posesión de la cosa al comprador, ha de tenerla el vendedor en su poder y posesión, y si la cosa está en poder y posesión de tercero, no puede venderla, porque no le es posible realizar el contrato. Antes tendría que reivindicarla, y mientras tanto sólo podrá hacer compromiso de venta o venderla como cosa futura. Y al revés, cabe

el Código establece una forma ficticia de tradición cabe deducir que es ante la imposibilidad de realizar la tradición real o el traspaso posesorio. Si subordinamos la adquisición de la propiedad a la adquisición de la posesión (ya sea mediata o inmediata), desaparece sin más el fundamento de la propia tradición instrumental como tradición ficticia, ya que si es necesario ser poseedor, sencillamente no hay ficción, pues ésta no es otra cosa que falta de realidad, que aquí significa falta de posesión. Como ha señalado CALVO SORIANO, “las fórmulas de tradición simbólica o de *traditio ficta*, tal como se interpretan por la doctrina y la jurisprudencia (25), son poco útiles, ya que someten la decisión del problema, en último término, a la posibilidad de entrega real, con la natural inseguridad que ello implica. Se consideran

enajenar cosa de otro siempre que la tradición pueda realizarse porque el *tradens* tenga la cosa en su poder y posesión”.

La confusión entre posesión y propiedad derivada de entender la naturaleza de la *traditio* como mero traspaso posesorio se pone de manifiesto en el supuesto enjuiciado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 1984 (Ar. 6286), que versa sobre la transmisión de la nuda propiedad de una finca. Los recurrentes alegan la vulneración del art. 1.462, 2.º, C.c., al entender que “la sentencia recurrida tiene por operada la transmisión de la nuda propiedad y consiguiente nacimiento del derecho real, a pesar de la existencia de un *usufructo obstativo a la tradición*”. A ello responde acertadamente el T.S. que “aun cuando a tenor del art. 609 C.c., la adquisición del dominio exige la tradición además de la causa jurídica o título, el alcance y significación de la norma ha de ser puesta en concordancia con las particulares notas de la propiedad adquirida, y en consecuencia ningún obstáculo existe para aplicar la *traditio* instrumental ínsita en el otorgamiento de la escritura pública a la compraventa de la nuda propiedad, contrato con una evidente voluntad traslativa y adquisitiva determinante de la tradición, aunque sea atenuada en razón de la naturaleza del objeto transmitido, pues entenderlo de otra suerte equivaldría a negar la existencia misma de la nuda propiedad como derecho real, conclusión que por absurda ha de ser rechazada”.

(25) Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1930 (Ar. 788): “la presunción que establece el art. 1.462 del Código civil —relativa a la entrega de la cosa vendida, que se supone lo ha sido cuando se ha otorgado la escritura pública, a menos que de ésta no resulte o se deduzca claramente lo contrario, no excluye el que por otros medios adecuados se demuestre cumplidamente que no se realizó la entrega de la cosa vendida, en cuyo caso la presunción de la tradición *ficta* tiene que ceder necesariamente ante la realidad del hecho de que otro tercero posee la cosa enajenada”.

como presunciones *iuris tantum* que se destruyen ante la imposibilidad de entrega posesoria” (26).

En este sentido, y volviendo al caso concreto que resuelve la sentencia de 1 de julio de 1995, creo que no cabe fundamentar, por todo lo dicho, la falta de adquisición del Castillo de Calatrava por parte de don Agustín C.Z. (abuelo del recurrente) en la falta de eficacia traditoria de la escritura pública de 8 de marzo de 1943, sobre un argumento de tan escasa consistencia como es la ausencia de condición de poseedor del *tradens* por estar poseyendo *ad usucapionem* dicho Castillo el Estado. Además, como ya he dicho, lo que no cabe es llegar a la conclusión de la usucapión a través de premisas contradictorias entre sí. En este caso cabía entender la propiedad del Estado de una de estas tres formas:

338

Hipótesis A): El Castillo era propiedad del Estado desde 1855. En tal caso el modo de adquirir fue la propia ley desamortizadora. Y ello implica dos cosas: a) la renuncia de don Juan José B.T. de 1932 no tenía alcance sustantivo, sino meramente procesal: renunció a litigar, pero no a la propiedad de algo que, por convenio, no era suyo; y b) la mención del Castillo en la escritura de compraventa de 1943 no debe ser entendida como de inclusión del mismo en el objeto del contrato, sino como manera de identificar visiblemente la cosa vendida: no se transmitió sencillamente porque *nemo dat quod non habet*.

Hipótesis B): El Castillo era propiedad del Estado desde 1932. Para ello hay que entender: a) que el Castillo era de don Juan José B.T., que realizó una auténtica renuncia abdicativa que provocó la adquisición del Estado, bien sea por-

(26) CALVO SORIANO, “La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público”, *Centenario de la Ley del Notariado*, Secc. 2.ª, vol. 1.º, Madrid, 1962, pág. 451. Por el contrario, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, pág. 266, entiende que “el Código civil no favorece la transmisión de un propietario no poseedor”, pero en cambio –añado yo– se admite en determinados supuestos la adquisición de un no dueño-poseedor (art. 464 C.c., art. 34. L.H.) *Ad maiore ad minus*.

que se considere que la Ley de Mostrencos de 1835 estaba vigente porque no le alcanzó la Disposición Derogatoria del Código civil (el modo de adquirir sería también la ley) o bien porque, entendiéndola derogada, cabían los inmuebles vacantes sin dueño conocido en el ámbito del art. 610 (en cuyo caso el modo de adquirir habría sido la ocupación del inmueble abandonado). Y b): la escritura de 1943 no comprendió en la venta al Castillo por la misma razón b) que en la Hipótesis anterior (y no porque el *tradens* no fuera poseedor de la cosa transmitida).

Hipótesis C): El Castillo es propiedad del Estado desde 1962. Es la que comparte el Tribunal Supremo: el modo de adquirir ha sido la usucapión extraordinaria. Esta conclusión ha de implicar necesariamente: a) que la renuncia de Juan José tuvo alcance meramente procesal (igual que en la Hipótesis A); y b) que lo que se dijera en 1943 acerca de la existencia del Castillo dentro de la finca vendida era por completo irrelevante, al ser indiferente que se comprendiera o no en la transmisión, ya que la posesión contraria del Estado lo es, tanto a la propiedad de Juan José B.T., como a la de cualquiera de sus causahabientes mortis causa o inter vivos. Y es esa posesión continua e ininterrumpida la que le lleva a usucapir.

339

Lo que no cabe es llegar a la conclusión de la Hipótesis C con premisas contradictorias entre sí, o con argumentaciones que nada tienen que ver. La escritura pública a estos efectos no cabe alegarla como medio probatorio de la adquisición de la posesión, pues queda probado que las vendedoras no tenían la posesión del Castillo. Lo que la escritura pública demuestra es la adquisición de la propiedad del Castillo por don Agustín C.Z., causante del recurrente, en fecha 8 de marzo de 1943. Otra cosa es que la haya perdido por haber usucapido el Estado. Y ello porque en 1943 no ha sido probado que el Castillo no fuera de las vendedoras

(doña Teresa y doña Gavina G.T.) pues si bien es cierto que el causante de éstas, Juan B.T. “renunció a todos los derechos que tenía sobre el Castillo”, también se estima probado que este señor, con fecha 27 de junio de 1932 dirigió una instancia al Ministerio de Hacienda, en la que, después de insistir en que el Castillo de Calatrava era de su propiedad, agregaba que para evitarse las contingencias de un pleito de mayor cuantía y los gastos consiguientes a su larga tramitación hacía renuncia expresa de todos los derechos que tenía sobre el Castillo. Sólo desde la comprensión de esa renuncia como de un mero desistimiento al derecho a litigar, y no como auténtica abdicación, se comprende que, al ser el Castillo de propiedad privada, pueda usucapirse por la posesión del Estado. Sólo si es profundamente irrelevante la discusión de si las vendedoras de la finca vendieron o no también el Castillo se comprende que la posesión contraria a cualquiera de los posibles propietarios lleva a que el título adquisitivo que fundamenta el dominio del Castillo por el Estado sea la usucapión extraordinaria, es decir, un modo de adquirir *a non domino*, que sólo pudo ostentar a partir de septiembre de 1962. Pero decir que el Castillo no se transmitió porque el *tradens* no poseía es tanto como reconocer que ya en 1943 el Castillo pertenecía al Estado, lo cual es contradictorio con la usucapión (el modo de adquirir habría sido el de las Hipótesis A o B).

Por tanto, no queda probado que en 1943 el Castillo fuera del Estado y no queda demostrado que las vendedoras —causahabientes de don Juan B.T.— no fueran dueñas del Castillo en 1943. Y si lo eran, la escritura pública de compraventa otorgada en favor de don Agustín C.Z. (abuelo del recurrente) transfirió la propiedad del Castillo a pesar de estar éste siendo poseído por el Estado. Todo con absoluta independencia —insisto— de que mientras la propiedad cambiaba de manos por diferentes y consecutivos títulos, la posesión contraria del Estado le llevara a ganar tal propiedad por usucapión treintenal.

SOBRE EL ANATOCISMO

LUIS MUÑOZ DE DIOS SÁEZ

343

SUMARIO: **I.** EL INTERÉS SIMPLE: nace de un capital. **I.a.** El interés remuneratorio simple. **I.b.** El interés moratorio simple. **II.** EL INTERÉS COMPUESTO. **II.a.** No puede cumplir una función remuneratoria. **II.b.** Su función principal es la moratoria. **II.c.** Otras posibles funciones: de garantía y punitiva. **II.d.** Por eso, suele ser interés de los remuneratorios simples. **III.** ¿CUÁNDO SURGE EL INTERÉS COMPUESTO POR VIRTUD DE LA LEY? **III.a.** ¿Surge naturalmente cuando hay mora en los remuneratorios? **III.b.** El art. 1.109 del Código civil: 1.º caso de anatocismo legal. **III.c.** El art. 921 de la LEC: 2.º caso de anatocismo legal. **IV.** EL PACTO DE ANATOCISMO. **IV.a.** El pacto *a priori* y su peligro. **IV.b.** El pacto *a posteriori*: reconocimiento y novación de la deuda. **IV.c.** Los Ordenamientos suelen prohibir el 1.º y permitir el 2.º **V.** EL PACTO DE ANATOCISMO EN EL DERECHO ESPAÑOL. **V.a.** En el Proyecto de 1851. **V.b.** En

la Ley de 1856. **V.c.** En el Código de Comercio de 1885. **V.d.** En el Código civil de 1889. **V.e.** En el Fuero navarro de 1973. **VI.** LA COBERTURA HIPOTECARIA DEL INTERÉS. **VI.a.** La del I. simple remuneratorio. **VI.b.** La del I. simple moratorio. **VI.c.** La del I. compuesto pactado *a posteriori*. **VI.d.** La del I. compuesto pactado *a priori*. **VI.e.** El límite del art. 114 de la Ley Hipotecaria.

I. El interés simple: nace de un capital

344

El anatocismo (en adelante, A.) es un fenómeno de interés compuesto, de interés de intereses, así que, para no comenzar la casa por el tejado, parece menester iniciarnos en lo que sea el INTERÉS SIMPLE. Este interés es simple porque lo produce no otros intereses sino un capital. Este capital puede ser, como decía la Ley española de 14 de marzo de 1856 (en adelante, L. 1856 o Ley isabelina), de cosa fungible, en cuyo caso el interés consistiría en un aumento de la misma especie: prestada cierta cantidad de aquélla, se habría de devolver otra mayor. Pero la anterior parece más bien una posibilidad teórica, pues el capital productor de interés simple que más se da en el tráfico y que, por ende, más nos importa aquí es el dinerario y suele surgir de un préstamo de dicho numerario o principal del que nace una obligación pecuniaria para el prestatario: la de devolver aquél al prestamista. El préstamo puede ser civil o mercantil, distinción ésta importante debido a la diferente regulación que sobre aquél mantienen los Códigos españoles hoy vigentes: el de Comercio de 22 de agosto de 1885 (en adelante, C.Co.) y el Civil de 24 de julio de 1889 (en adelante, C.c.).

I.a. El interés remuneratorio simple.

Pues bien, el interés simple que puede nacer del capital dinerario puede ser de dos tipos bien distintos, a saber: el remuneratorio y el moratorio. El INTERÉS REMUNERATORIO simple tiene por causa que lo justifica el retribuirle al prestamista por el uso y disfrute de un capital suyo que, previa entrega, le permite al prestatario, y, de algún modo, le indemniza del lucro cesante que sufre por dejar de utilizarlo él, su antiguo dueño, habida cuenta de que el dinero no es estéril —como se sostuviera antiguamente— sino todo lo contrario: productivo.

Pese a ello, no surge naturalmente esa retribución, no dispone el Ordenamiento que, de suyo, el prestar un capital obligue al prestatario a pagar intereses que remuneren al prestamista: *sólo surge la obligación de satisfacerlos si PACTADA expresamente*. Así lo prevé el artículo 314 del C.Co. para el préstamo mercantil que, siguiendo fielmente a la L. 1856 art. 2.º, añade que el pacto, so pena de nulidad, ha de constar por escrito. En parecida línea, el C.c. establece en su art. 1.755 que en el préstamo civil no se deberán intereses sino cuando se hayan pactado, desmarcándose de la Ley isabelina en cuanto que no exige que dicho pacto conste por escrito.

Ahora bien, el pacto de interés remuneratorio, en principio moral, se estimó *históricamente* que dejaba de serlo cuando pasaba de ciertos límites. Por eso, la *Novísima Recopilación* de las Leyes de España de 1805 para el préstamo y las obligaciones civiles y el *Código de Comercio de 1829* español para el préstamo y obligaciones mercantiles *impusieron una TASA* o máximo *al tipo* de interés remuneratorio *pactable*. Pero llegados a mitad del siglo pasado, el vigor del tráfico económico y las ideas liberales exigen una flexibilización de los intereses pactables que propicien una mayor actividad bancaria de préstamo y crédito. Es la época en que se crea el actual Registro de la Propiedad Inmobi-

liaria (Ley Hipotecaria de 1861), encaminado a dar seguridad a los préstamos hipotecarios y en la que se moderniza el Notariado (Ley Orgánica de 1862) que había de intervenir en su constitución. No extraña, pues, que sea asimismo el tiempo que gestó la L. 1856 cuyo "leit motiv", título y primer artículo se dirigen a dejar *abolida toda tasa* sobre el interés del capital dinerario dado en préstamo. Más tarde, el C.Co., siempre tan fiel a la Ley isabelina, diría en su art. 315 que podrá pactarse el interés del préstamo sin tasa ni limitación de ninguna especie. Y cuatro años después, el C.c. establece lo mismo para el préstamo civil por la vía de omisión: de no imponer tasa, unido a la vigencia de la L. 1856 que había suprimido la limitación de la Novísima. Resultaba en aquel entonces paradójico, dice ISABEL SABATER BAYLE en su obra *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, que, por un lado, el mutuo tanto mercantil como civil se configurasen legalmente como naturalmente gratuitos, a la manera del mutuo romano, y, por otro lado, pudiese resultar tan altamente oneroso como elevados se quisiesen pactar los intereses remuneratorios concomitantes. Más tarde, sin embargo, vendría la Ley represora (LRU) de la usura de 23 de julio de 1908 que, sin volver a la fijación de tasa, coarta el pacto de intereses en cuanto resulten por las circunstancias del caso concreto usurarios, según el arbitrio de los Tribunales. Ley que, en su primer momento, se estimó dirigida sólo a los préstamos civiles para posteriormente entenderla el Tribunal Supremo (en adelante, TS) en Sentencia (St) de 13 de febrero de 1941 aplicable también a los mercantiles, sólo que en menor medida, pues en el tráfico de empresa mayores son los riesgos y los lucros, así que mayores pueden ser, dice el Alto Tribunal, los tipos pactables. La consecuencia es de todos conocida: por muy altos que sean los intereses exigidos por el Banco nunca parecen merecer la consideración de usurarios y se salvan siempre de la citada represión. Sin embargo, como propugna GABRIEL GARCÍA CANTERO en la revista

La Ley, esta legislación represora debe ser actualmente potenciada por virtud de dos circunstancias posteriores: 1.^a el principio rector de la política social y económica recogido en el art. 51 de la Constitución española de 1978 que ordena a los poderes públicos la protección de los consumidores y usuarios, principio que, como tal, debe, a fuer del art. 53 de la misma Carta Magna, informar la legislación positiva y la práctica judicial además de la ya referida actuación de los poderes públicos; si bien el principio sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan, y tal es precisamente el caso de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19 julio de 1984 (LCU) —que es la 2.^a circunstancia a considerar—, la cual considera “nulas de pleno Derecho y tiene por no puestas las condiciones generales de contratación contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones, tales como las cláusulas abusivas en general —entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios—” y, en particular, quedan prohibidas “las condiciones abusivas de crédito” (art. 10.1.c. 3.º y 4.º).

I.b. El interés moratorio simple.

Muy distinto del anterior (remuneratorio) es el segundo tipo de interés simple que pueden producir los capitales dinerarios, a saber: el INTERÉS MORATORIO simple. Aquí el interés se justifica en una causa diferente: la de indemnizarle al prestamista o acreedor de los daños y perjuicios que le causa el prestatario o deudor *al incumplir su obligación dineraria de devolver el capital* en el tiempo fijado por la voluntad de las partes o por la ley o subsidiariamente por los Tribunales. Son esos daños y perjuicios a cuyo resarcimiento queda sujeto el deudor por el incumplimiento de sus

obligaciones *debido a su dolo, negligencia o morosidad* que dice el art. 1.101 del C.c. En otras palabras, sólo surge la obligación de indemnizar cuando el incumplimiento de la obligación principal haya sido culpable, cuando de algún modo, ya por malicia ya por descuido, le sea reprochable al deudor. Y además del citado, nuestro Derecho exige un segundo requisito para que el incumplimiento obligue a resarcir: *que el deudor haya quedado constituido en mora*. Así lo dispuso la L. 1856 en su art. 8.º “deberá abonar (el interés moratorio) el deudor legítimamente constituido en mora”, y luego el C.Co. en su art. 316.1 “los deudores (se refiere al prestatario de dinero) que demoren el pago de sus deudas después de vencidas deberán satisfacer (el interés moratorio) desde el día siguiente al vencimiento...”, lo que no es sino aplicación de la mora automática propia del cumplimiento de las obligaciones mercantiles regulada en el art. 63 del mismo cuerpo legal. Y, más tarde, el C.c. en su art. 1.108 y respecto de “la obligación que consistiere en el pago de una cantidad de dinero” sólo exige “la indemnización de los daños y perjuicios” si “el deudor incurriere en mora”, para lo cual el art. 1.100 del mismo cuerpo legal requiere la intimación del acreedor al deudor, salvo que la obligación declare expresamente su no necesidad o resulte esto de ser motivo determinante para establecer la obligación la designación de la época en que había de pagarse la cantidad o bien cuando la ley declare expresamente la no necesidad, como es el caso de la Ley 491 del Fuero Nuevo Navarro de 1 de marzo de 1973 (FN) que dice que “desde (su) vencimiento” “todas las deudas dinerarias devengarán los (intereses) legales” (se refiere a los moratorios).

Como curiosidad, nótese que esta Ley 491 navarra termina diciendo que devengarán los moratorios “aun cuando mediare estipulación de intereses” (ahora se refiere a los remuneratorios): o sea, aunque se vayan a acumular unos y otros intereses simples, los remuneratorios y los moratorios, cabe exigir los moratorios en su totalidad. Acumulación ésta

que hoy puede parecer normal pero que no siempre ha sido vista así: v. gr. el Proyecto de Código civil de 8 de mayo de 1851 (Proyecto 1851) parecía considerarla excesiva y por ello en su art. 1.017 distinguía según que se hubiesen pactado intereses remuneratorios en cuyo caso los legales-moratorios podían exigirse pero reducidos a un tercio, o no se hubiesen convenido los remuneratorios en cuyo supuesto los legales-moratorios podían exigirse totalmente.

Pues bien, cumplidos los presupuestos estudiados (incumplimiento de la obligación de capital, culpablemente e incurriendo en mora), la obligación indemnizatoria de pagar los intereses moratorios surge, a diferencia de los remuneratorios, “sin necesidad de estar pactados” (los moratorios) decía expresamente la Ley isabelina: en efecto, *SURGEN “EX LEGE”*, precisamente de las cuatro leyes que ya hemos citado y que a continuación veremos en punto al tipo que permiten para los intereses moratorios.

La L. 1856 fijaba los intereses moratorios en el legal del dinero –que, a su vez, era el establecido por el Gobierno, y, en su defecto, el 6%– sin permitir a las partes convenir un tipo distinto al legal para dichos intereses de la mora, lo que contrasta con el ilimitado permiso que, como vimos, les concedía esta Ley isabelina para convenir los intereses remuneratorios.

Dicho contraste no se observa ni en el C.Co. ni en el C.c. En efecto, el primero dice que “los deudores... deberán satisfacer... el interés pactado para este caso (de la mora) o, en su defecto, el interés legal”. Y el C.c. establece que “la indemnización..., no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal”. Y esto mismo permite el FN navarro porque, a pesar de que viésemos que la Ley 491 sólo habla de los legales al referirse a los moratorios, ocurre que dicha ley sobreentiende que se devengan los legales sólo a falta de estipulación de otros intereses moratorios, como dice exactamente la Ley 535 del mismo cuerpo legal, y co-

mo resulta, aunque no lo dijese tal ley, del principio de libertad civil y “paramiento fuero vienze” de las Leyes 7 y 8 navarras.

350 Caso especial es el del párrafo 3.º del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) regulador de la ejecución de sentencia que condene al pago de cantidad de dinero líquida, la cual “devengará (*ex lege*) en favor del acreedor el interés pactado por las partes (para el caso) y, en su defecto, un interés anual igual al legal del dinero incrementado en dos puntos” y ello “desde que la sentencia fuese dictada en Primera Instancia hasta que sea totalmente ejecutada”, si bien no lo devengará si la sentencia resulta totalmente revocada en virtud de recurso interpuesto contra ella; y si la sentencia es sólo parcialmente revocada, el Tribunal resolverá según su prudente arbitrio. Intereses los de este artículo que parecen de naturaleza moratoria (y, como los moratorios, surgen sin necesidad de estar pactados) ya que indemnizan al acreedor los daños que le irroga la demora en la satisfacción forzosa de su crédito, y, de cualquier forma, es uno de esos “demás casos (aparte del caso del deudor que incurre en mora) determinados por la ley” en que el deudor debe abonar el interés legal, a que se referían con dicho tenor tanto el art. 1.654 del Proyecto 1851 como el art. 8.º de la L. 1856.

II. El interés compuesto

Visto el interés simple y sus posibles funciones: la remuneratoria (conocida también como ordinaria pues una vez pactados los intereses remuneratorios serán exigibles con total certidumbre) y la moratoria (conocida como extraordinaria pues sólo actuará en el incierto caso de que se llegue a la mora), estamos ya en condiciones de abordar el problema del *INTERÉS COMPUESTO* o anatocismo.

II.a. No puede cumplir una función remuneratoria.

Pues bien, a diferencia del interés simple, el compuesto *no* parece que *puede desempeñar*, ni aun cuando las partes lo quieran (de poco sirve querer lo imposible) *una función REMUNERATORIA* de los intereses simples, ya que el prestatario no disfruta de éstos sino que, muy al contrario, los sufre pues está obligado a pagarlos. Además, el prestamista no se los ha entregado (él, lo único que entregó fue el capital), no ha habido un desplazamiento de dinero (el de los intereses simples) del patrimonio del prestamista al del prestatario que haya que retribuir: tales intereses simples han surgido de pacto si remuneratorio y de la ley si moratorios, nunca de mérito alguno del prestamista.

II.b. Su función principal es la moratoria.

351

Y al contrario que en el interés simple, en el compuesto *la principal función* (y por tanto la ordinaria) es la MORATORIA: indemnizarle al prestamista-acreedor los daños (básicamente, de lucro cesante, que no de daño emergente por lo explicado en el párrafo anterior) que le produce el incumplimiento culpable y moroso por el prestatario o deudor de su obligación de abonarle en el plazo pactado, legal o judicial los intereses simples remuneratorios que se hubiesen pactado. Así resulta de la propia lógica de las obligaciones y lo expresó el TS en una St. del año 1906 que más adelante veremos.

II.c. Otras posibles funciones: de garantía y punitiva.

Decimos que la de indemnizar es la principal *función porque no es la única* que puede desempeñar el interés compuesto: lo es cuando lo exige la ley en los dos casos que veremos, pero no así cuando las partes pactan exigirlo, pues en este caso, como resulta de la referida sentencia del Alto

Tribunal, el exigir interés de los intereses remuneratorios simples que no se paguen a tiempo también puede servir y de hecho sirve para apremiar a satisfacerlos (*función de garantía*) a manera de cláusula penal que liquida los daños (art. 1.152 del C.c.) y penaliza el incumplimiento (*función punitiva*).

II.d. Por eso, suele ser interés de los remuneratorios simples.

352

Como se comprenderá, siendo la moratoria la principal función del *I. compuesto*, este interés de intereses simples sólo suele serlo de los intereses simples remuneratorios y no de los intereses simples moratorios, porque, entre otras razones, la ley, al exigir los intereses moratorios simples no fija plazo para su pago a partir del cual el deudor incurra en mora respecto a los mismos (parece que, a virtud del art. 1.118 del C.c. lo habrían de fijar los Tribunales), a diferencia de los intereses remuneratorios simples para cuyo pago las partes, al pactarlos, sí que suelen fijar plazo. Si bien, no parece haber inconveniente en entender que cuando la ley establece el A. en los casos que veremos, el interés compuesto deba girarse tanto sobre los remuneratorios simples como sobre los moratorios simples, ni para que esto mismo ocurra cuando las partes pacten lícitamente el anatocismo, siempre que por ley o por pacto exista el referido plazo para el pago de los moratorios simples y un deudor que, por incumplirlo, sea moroso respecto de ellos.

III. ¿Cuándo surge el interés compuesto por virtud de la Ley?

Así las cosas, nos preguntamos, en primer lugar, *cuándo se da el A. de un modo natural por haberlo establecido el propio Ordenamiento* positivo y, en segundo término, *cuándo puede darse el A. por virtud de haber sido pactado por los interesados*.

III.a. ¿Surge naturalmente cuando hay mora en los remuneratorios?

En cuanto a la primera cuestión, *podría pensarse que el A. ha de ser siempre un fenómeno natural*, que el incumplimiento moroso de las obligación de pagar los intereses remuneratorios simples pactados, exactamente igual que el incumplimiento moroso de la obligación de capital, genera el derecho del acreedor a ser indemnizado de los daños de la mora. Así resultaría si se entendiese la obligación de intereses remuneratorios tan deuda dineraria como la obligación de capital y autónoma respecto de ésta, de suerte que cuando los ya antes citados art. 8.º L. 1856, art. 316.1 C.Co. y art. 1.108 C.c. hablan de obligación dineraria “*simpliciter*” al no distinguir entre obligación de capital y obligación de intereses, podría entenderse que alcanza a ambas, pues donde no distingue la ley no debe hacerlo el intérprete y así la Ley 491 navarra sería todavía más favorecedora de esta interpretación amplia al decir que “todas las deudas dinerarias” devengan el interés moratorio.

353

Sin embargo, la obligación de abonar intereses remuneratorios pactados no puede elevarse a la categoría de autónoma hasta equipararla a la de capital. El legislador distingue claramente ambas, atribuyendo a la primera la condición de *accesoria* respecto de la segunda, a la que considera principal, pues los artículos antedichos no puedan entenderse aisladamente, sino que, en interpretación sistemática, han de ser considerados junto a otros de su cuerpo legal respectivo, que muestran que el espíritu de aquéllos es referirse únicamente a la obligación principal, la de capital (sólo ésta devenga interés moratorio, que es interés simple por ser interés de capital), debiendo restringirse (interpretación restrictiva) la amplia letra de aquellos artículos entendiendo que no comprenden a la obligación accesoria de intereses remuneratorios (los cuales, en consecuencia, no devengan interés moratorio, que sería, en este caso, compuesto como interés de intereses).

Y así, en efecto, *el art. 8.º L. 1856 sólo se refiere a la obligación de capital, porque no puede olvidar su intérprete que el art. 7.º de la misma Ley es el que se refiere a la obligación de intereses*, precisamente para decir que “durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados (alude a los remuneratorios pactados) no pueden devengar intereses” (alude ahora a los moratorios), o sea, que no los devengan, que no hay anatocismo natural (a diferencia del principal, que sí los devenga según el citado art. 8.º).

De igual modo, *el art. 316.1 del C.Co. sólo puede referirse a la obligación de capital, ya que es el art. 317 del mismo cuerpo legal el que trata la obligación de intereses*, y justamente para disponer que “los intereses vencidos y no pagados (alude a los remuneratorios pactados) no devengarán intereses” (de nuevo, se alude ahora a los moratorios), de modo que aquí tampoco hay A. natural, a diferencia del capital que sí devenga el I. moratorio, conforme al art. 316.

354

En el *FN navarro, la Ley 491*, pese a su amplio tenor (“todas las deudas dinerarias”), *ha de entenderse igualmente referido sólo a la obligación de capital, pues ha de interpretarse sistemáticamente junto a la también citada Ley 535 que parece regular tan sólo los dos tipos posibles de interés simple que pueden surgir de un préstamo de dinero: el remuneratorio si estipulado y el moratorio que nace “ope legis”*.

En el *Código civil* ocurre lo mismo: *el art. 1.108 sólo puede referirse a la obligación de capital, porque es el art. 1.109 del mismo cuerpo legal el que se refiere a la obligación de intereses*. Lo que resulta no sólo del argumento sistemático empleado sino también de otro de tipo histórico, a saber: el art. 1.108 del C.c. actual encuentra su antecedente en el art. 1.017 del Proyecto 1851 que comenzaba casi igual que el actual diciendo: “cuando la obligación se limitase al pago de una cantidad determinada” para inmediatamente distinguir según que “se hubiesen pactado intereses” (párrafo 1.º) o “no se hubiesen pactado intereses” (párrafo 2.º), así que

“la obligación... de cantidad” del Proyecto y, por ende, la del C.c. sólo puede ser la de capital, que se contrapone a la de “intereses” remuneratorios. En principio, pues, del art. 1.108 C.c. únicamente se desprende que la obligación de capital produce interés moratorio.

III.b. El art. 1.109 del Código civil: 1.º caso de anatocismo legal.

Sin embargo, el C.c. en 1889, en *su art. 1.109* se aparta de sus dos precedentes: del Proyecto 1851 (en el que debía inspirarse el texto articulado del C.c. que elaborase el Gobierno, según ordenaba la Ley de 11 de mayo de 1888 de delegación legislativa) como también de la L. 1856 (en la que se inspirase el C.Co., del cual por tanto se aparta asimismo el C.c.). En efecto, el art. 1.109 C.c. establece que “los intereses vencidos (se refiere a los remuneratorios pactados) devengan... interés...” (ahora alude al moratorio, como es moratorio el del art. 1.108 inmediatamente anterior al que tratamos). Pero sólo devengan interés moratorio (que es compuesto) los intereses remuneratorios simples “*desde que son judicialmente reclamados*” añade el art. 1.109 C.c., esto es, desde que el deudor de los II. remuneratorios vencidos es constituido en mora por la vía de la intimación judicial a pagarlos. He aquí, pues, un *primer caso de anatocismo legal* en España: el interés compuesto surge aquí de modo natural, sin necesidad de que haya sido pactado.

Empero, “a sensu contrario” de este art. 1.109 del C.c., resulta que no se da naturalmente el A. *si* los II. remuneratorios vencidos *son extrajudicialmente reclamados*: o sea, *no surge “ex lege” un interés moratorio (compuesto)* desde que el deudor de los II. remuneratorios queda constituido en mora por la otra vía que para la intimación pro mora “*ex personae*” permite el art. 1.100 C.c.: la extrajudicial. *Lo cual interesa saber al Notario* cuando el acreedor acuda a él-ella para dotar de fehaciencia a la intimación extrajudicial al deu-

dor: que desde la fecha del requerimiento notarial de pago (que se formalizará por medio del acta regulada en los arts. 202 a 206 del Reglamento Notarial) los únicos efectos de la mora “solvendi” que entonces comenzaran serán el devengo del interés moratorio simple del art. 1.108 C.c. por el principal, sin que haya además devengo de interés moratorio compuesto por los II. remuneratorios pactados, aunque estén vencidos e impagados y el deudor haya incurrido en mora respecto de ellos a través del requerimiento notarial a pagarlos.

¿Cómo se explica que el C.c. establezca el A. sólo para el caso de *requerimiento judicial* y no para el *extrajudicial*? Por un lado, téngase en cuenta que el C.c. en 1889 rompe con el Derecho anterior sobre la materia, así que parece lógico que, para evitar un cambio brusco, optase el legislador por romper pero “a medias”. Y, puestos a romper a medias, parece coherente en la sistemática del C.c. conceder mayores efectos a la reclamación judicial que a la *extrajudicial*: coherente porque esto es lo que precisamente hace este cuerpo legal en el art. 1.975 en el que la primera reclamación —la judicial— interrumpe la prescripción extintiva de las acciones tanto contra el deudor principal como contra su fiador, en tanto que la reclamación *extrajudicial* del acreedor sólo lo logra contra el deudor principal, sin perjudicarle al fiador.

En cualquier caso, los intereses (remuneratorios) vencidos judicialmente reclamados devengan un *interés moratorio* que, según el art. 1.109 C.c. es “el interés legal”, si bien el propio artículo añade que ello es así “aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”, lo cual ampara la libertad civil para convenir un tipo distinto al legal, incluso superior a éste, para dicho I. moratorio compuesto. El interés legal, así las cosas, es sólo *supletorio del convenido*, de modo que art. 1.109 (para el moratorio compuesto) y art. 1.108 (para el moratorio simple) concuerdan. Este, además, parece ser el criterio de la sentencia del TS de 25 de mayo de 1945.

III.c. El art. 921 de la LEC: 2.º caso de anatocismo legal.

Y *un segundo caso claro de anatocismo legal* en nuestro Ordenamiento es el del art. 921, párrafo 2.º de la LEC que establece que “tendrá la consideración de cantidad líquida (a cuyo pago condene la sentencia que se pone en ejecución –no sólo el capital sino también– los intereses de una cantidad determinada (alude a los remuneratorios simples) cuando se haya fijado en la sentencia el tanto por ciento o tipo y el tiempo por el que deban abonarse” (entonces se estiman líquidos), y ello a los efectos del antes visto párrafo 3.º del mismo artículo, a saber: que dicha cantidad líquida devengue a favor del acreedor desde la fecha de la sentencia en Primera Instancia hasta que sea totalmente ejecutada el interés (de función moratoria) antes expuesto, interés que, por serlo de intereses (remuneratorios) es interés compuesto: supone anatocismo.

357

III.c.1. Y este *A. legal del art. 921 de la LEC* quizás *poco añade a la obligación civil* de II. remuneratorios vencidos que, ya desde que fuese judicialmente reclamada estaba devengando, al amparo del art. 1.109 C.c., el I. moratorio compuesto. Así, llegado el procedimiento a la sentencia declarativa de esa obligación, seguirá devengando ese interés moratorio compuesto pero ahora al amparo del citado art. 921 de la Ley procesal civil, cuya única diferencia respecto del art. 1.109 C.c. es que, a falta de intereses convenidos, el Código civil, para mientras dura el procedimiento declarativo, prevé que los II. remuneratorios devenguen el interés legal, mientras que la LEC, para mientras dure el procedimiento de ejecución de la sentencia declarativa, prevé que los II. remuneratorios pasen a devengar el mismo I. legal sólo que incrementado en dos puntos.

III.c.2. La verdadera *aportación del art. 921 LEC* parece darse, entonces, *a favor del acreedor por obligación* de na-

turaleza *mercantil*, pues su crédito por los II. remuneratorios vencidos ya vimos que, conforme al art. 317 C.Co., no devenga I. moratorio compuesto en ningún caso, ni aun si son judicialmente reclamados los remuneratorios. Así que, durante el procedimiento declarativo de los mismos no los verá aumentar. En cambio, llegados al procedimiento de ejecución de la sentencia declarativa, operará el art. 921 LEC (por ser esta Ley reguladora del orden jurisdiccional civil, que comprende tanto la materia estrictamente civil como la mercantil), así que, ahora, desde la fecha de la St. en 1.^a Instancia sí que producirán interés (compuesto) sus II. remuneratorios, si están líquidos.

IV. El pacto de anatocismo

358 Y visto cuando se da el A. naturalmente, por ley, abordamos a continuación el segundo problema ya anunciado sobre el mismo: el de *cúando cabe el PACTO DE ANATOCISMO*. Para entender esta cuestión es del todo imprescindible distinguir antes los *dos posibles tipos*, enteramente diferentes el uno del otro, que del pacto de A. caben: el pacto que podríamos llamar de anatocismo “a priori” y el pacto de A. “a posteriori”.

IV.a. El pacto *a priori* y su peligro.

El *pacto de A. “A PRIORI”* es el que estipulan prestamista y prestatario en el momento mismo de la perfección del contrato de préstamo, como parte del mismo, de igual modo que en ese instante pactan que el principal devengue intereses remuneratorios (precisamente éstos son los II. cuyo impago moroso pactan genere el I. moratorio compuesto).

Este pacto “a priori” es *extremadamente peligroso para el deudor*. Como dice ALFREDO COMO, Profesor de la Universidad de Buenos Aires, en su *Tratado de Obligaciones*, co-

mentando el art. 623 del Código civil argentino, que prohíbe, como nulo, dicho pacto de A.: “el deudor que admite dicha capitalización (apriorística) ha celebrado un contrato poco menos que ruinoso, ya que todo el mundo sabe que una suma con los intereses así capitalizados (acumulados al capital al final de cada período –de tres meses, de un mes...– para convertirlos en capital y producir, a su turno, con el capital primitivo nuevos intereses) se duplica, triplica, etc, en términos (de tiempo) nada extensos y cada vez más reducidos. Y ello prueba que el deudor, al aceptar esta cláusula, o bien no ha previsto la ulterior situación –de progresión no aritmética sino geométrica de la deuda– o bien la ha aceptado por su angustioso apremio. Y en cualquiera de esos dos supuestos, el pacto es altamente inmoral pues el acreedor ha explotado o la ignorancia o la inferioridad del deudor, y por ello, la Ley (argentina) hace bien en pronunciarse por la nulidad (de tal pacto)”. En realidad, obsérvese que el Código argentino no explicita que dicho pacto esté prohibido ni que sea nulo, sino que esto lo infiere el citado profesor a partir del siguiente tenor del citado art. 623 de dicho cuerpo legal: “no se deben intereses de los intereses sino por obligación posterior convenida entre acreedor y deudor que autorice la acumulación de aquéllos al capital”.

IV.b. El pacto *a posteriori*: reconocimiento y novación de la deuda.

Tal es precisamente el caso del *pacto de A. celebrado “A POSTERIORI”* del contrato de préstamo, durante la fase de ejecución de este contrato, cuando ya han resultado vencidos e impagados los II. remuneratorios pactados en el mutuo.

Este pacto entraña, pues, en primer lugar, el *reconocimiento de una deuda* preexistente (la de abonar los intereses remuneratorios de momento impagados). En segundo lugar, supone una *novación de dicha deuda* (más extintiva que

modificativa) porque acreedor y deudor convienen que ya no sea deuda de intereses sino de capital, como si celebrasen un nuevo contrato de préstamo que podríamos llamar de “*brevi manu*”, pues es como si le dijese el acreedor a su deudor, aceptándolo éste: ese dinero que me debes de aquellos intereses remuneratorios, no me lo des, quedatelo (se evita así un doble traspaso posesorio de ese dinero, que sería absurdo), pero considéralo como préstamo y devuélveme-lo en seis meses (lo que supone concederle al deudor una moratoria para pagar lo que ya mismo estaba debiendo) y págame entretanto un ocho por ciento de interés”. Este nuevo interés, en el fondo, es interés compuesto pues trae causa de los remuneratorios impagados, pero, tras la novación, es, por voluntad de las partes, un interés simple pues deriva del capital en que han quedado convertidos aquellos II. remuneratorios impagados. Y este nuevo interés que decimos es ahora simple es de función remuneratoria de este “capital por conversión” que está reteniendo el deudor.

Así que, si, por *hipótesis*, los antiguos II. remuneratorios impagados *estaban*, por haber sido judicialmente reclamados y tratarse de obligación civil, *devengando* desde la demanda el *interés moratorio* compuesto del art. 1.109 C.c., al estipular acreedor y deudor este pacto de A. durante el procedimiento (lo que veremos no cabe si la obligación es mercantil: art. 319 C.Co.), habrá renunciado el acreedor (en auténtica “*purgatio mora*”) a dicho I. moratorio compuesto para sustituirlo por el nuevo interés, que, hemos dicho, es simple y remuneratorio.

En cualquier caso, el pacto de A. “*a posteriori*” es muy libre de aceptarlo o rechazarlo el deudor, así que no entraña para él el peligro del pacto apriorístico, que le vincula (si el Derecho positivo de que se trate admite su validez y eficacia) como parte del contrato que se ha de ejecutar, sin que pueda luego arrepentirse.

IV.c. Los Ordenamientos suelen prohibir el 1.º y permitir el 2.º

Por esto, los Ordenamientos suelen prohibir el pacto "*a priori*" y permitir el pacto "*a posteriori*". Así lo hizo el Derecho Romano durante una etapa de su historia, si bien la Compilación justiniana del año 534 terminó prohibiendo ambas especies. Así, en Derecho comparado, hemos visto que el Derecho Argentino sólo admite el pacto "*a posteriori*". El BGB alemán (año 1896) en su parágrafo 248 prevé que "el convenio en virtud del cual los intereses vencidos producen a su vez intereses, cuando haya sido establecido con carácter previo, es nulo". El "Côte" francés (año 1804) en su art. 1.154 establece que "los intereses vencidos de los capitales pueden producir intereses o por una demanda judicial o por un pacto especial, con tal que, sea en la demanda sea en el pacto, se trate de intereses debidos por lo menos por un año entero", así que sólo admite el pacto "*a posteriori*". El "Codice" italiano (año 1942), muy semejante al francés en este punto, prevé que los intereses debidos sólo producen intereses desde el día de la demanda judicial o por efecto de posterior convención, y siempre que se trate de intereses debidos por al menos seis meses.

361

V. El pacto de anatocismo en el Derecho español

V.a. En el Proyecto de 1851.

En el Derecho español, el frustrado Proyecto 1851, muy fiel al Código napoleónico, decía en su art. 1.652, 1.º inciso: "no pueden pactarse intereses sobre intereses" con lo que prohibía claramente el pacto "*a priori*". Sin embargo, decía en su 2.º inciso: "los intereses vencidos, después de un año, pueden capitalizarse y es permitido estipular de nuevo inte-

reses sobre este aumento de capital". Un año después, en sus "Concordancias, Motivos y Comentarios" al Proyecto 1851, FLORENCIO GARCÍA GOYENA comentaría que se llegó a esa solución "para poner algún freno a la codicia, combatir el desarrollo espantoso de la usura en esta Corte, y por el fundado temor del abuso que especuladores impíos harían del anatocismo para arruinar completamente a deudores abrumados". Lo cual, en este Proyecto, resultaba coherente con la tasa que se imponía al interés convencional en el art. 1.650 (no podía exceder del doble del I. legal).

V.b. En la Ley de 1856.

362

Cinco años más tarde, la que sí llegaría a ganar vigencia es la Ley, tan colacionada en este trabajo, de 14-3-1856, en la cual se produce un novedoso contraste: por un lado, se abole la tasa de interés en el art. 1.º, y, por el otro, se *prohíbe el pacto de A. "a priori"* en el art. 7.º, 1.º inciso: "durante el término del contrato, los intereses vencidos y no pagados no pueden devengar intereses", *si bien* en su 2.º inciso se *permite el pacto "a posteriori"*: "transcurrido el plazo, los líquidos y no satisfechos podrán capitalizarse y estipular de nuevo réditos sobre el aumento de capital, con sujeción a lo dispuesto en el art. 2.º", o sea, por escrito, pues de otro modo el pacto es nulo, como lo es el de intereses convencionales (pues tal es su esencia).

En este período de vigencia de la L. 1856, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en Resolución (R) de 7 de mayo de 1884 deniega a inscripción un pacto de A. apriorístico por entenderlo prohibido en dicha Ley. Y obsérvese que esta Ley no distingue entre préstamos civiles y mercantiles, así que debe entenderse que afecta a ambas realidades y cuando en su art. 9.º dice que "quedan derogadas todas las disposiciones anteriores contrarias a la presente Ley", la derogación alcanza tanto a la Novísima –hasta entonces portadora del Derecho civil aplicable– como

al Código de Comercio de PEDRO SÁINZ DE ANDINO (1829) —que recogía el Derecho Mercantil de la época—.

V.c. En el Código de Comercio de 1885.

Casi treinta años más tarde entra en vigor *el actual C.Co. 1885*, que mantiene el contraste antedicho de la Ley de 1856: de una parte, permite el interés sin tasa alguna en su art. 315, y de otra parte, establece en el *1.º inciso de su art. 317* que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses”.

Este tenor, al no ser tan concluyente como el del primer inciso del art. 7.º L. 1856 *podría interpretarse*, como han hecho autores como PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en el sentido de que, como ya vimos, los remuneratorios, pese a la mora del deudor en pagarlos, no devengan interés (moratorio compuesto) y *nada más: en otras palabras, este primer inciso no* estaría prohibiendo el pacto de A. “a priori” y prueba de ello —según esta tesis— es que el 2.º inciso del artículo permite el pacto de A. y, al no distiguir entre sus especies, debe entenderse *permite tanto el “a priori” como el “a posteriori”*.

Pero esta tesis parece desacertada: el *1.º inciso* del art. 317 C.Co. no sólo dice que no hay A. legal en los préstamos mercantiles, sino que, además, *prohíbe que se pacte el A. “a priori”*. Esta interpretación resulta de un *triple argumento*: uno *primero histórico*: el *1.º inciso art. 317 C.Co.* debe entenderse a la luz de su antecedente legislativo, que fue el art. 7.º L. 1856, que, con un tenor más apodíctico, dice, como vimos, que “los intereses... *no pueden* devengar intereses durante el término del contrato”. La fuerza de este argumento radica en la constatación empírica de que el C.Co. 1885 es absolutamente fiel a la Ley isabelina cuyos ocho artículos reproduce a veces literalmente y otras veces con otras palabras.

El *segundo argumento* es de orden *gramatical*: el *1.º inciso* del art. 317 C.Co. es cierto que no dice “los II. vencidos no pueden devengar I.” Pero tampoco se limita a decir que

“los intereses vencidos no devengan I.” (verbo en presente de indicativo que sólo significaría que no hay A. legal), sino que va más allá al producirse con este tono “los II. ...no devengarán II.”, de manera que emplea un enérgico futuro de imperativo con el que quiere proclamar que ni hay A. legal ni cabrá que haya A.

Y el *tercer argumento* es de orden *lógico*, al poner en relación el 1.º con el 2.º de los incisos del art. 317 C.Co. Segundo inciso que, como el del art. 7.º L. 1856, permite el pacto de A. “a posteriori”, precediendo a este permiso las palabras “sin embargo”, que muestran que ambos incisos se relacionan adversativamente: no cabe el A. ni siquiera si pactado, sin embargo cabe si es pacto “a posteriori”. Tal es el espíritu del 2.º inciso del art. 317 C.Co.: “los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”, lo que no puede referirse sino a la acumulación “a posteriori” de intereses preexistentes (que no futuros, pues el C.Co. dice que son “líquidos y no satisfechos”) y precisamente porque preexisten esos II. a la hora de capitalizarlos, la Ley habla de “nuevos” réditos. Y esta interpretación resulta, además, de poner en conexión la capitalización del 2.º inciso del art. 317 con la acumulación de que habla el art. 319 del mismo C.Co. pues significan lo mismo, y en el caso del art. 319 es todavía más claro que la acumulación se hace en un momento posterior al de formación del contrato de préstamo.

Pues bien, vimos que los códigos francés e italiano imponían alguna limitación al pacto de A. “a posteriori”: sólo puede hacerse la acumulación de intereses si éstos se vienen debiendo por un tiempo determinado: de un año en el caso galo y de seis meses en el italiano. No extraña, pues, que el C.Co. español en su art. 319 establezca también una limitación a dicho pacto de capitalización sobrevenido: “interpuesta una demanda, no podrá hacerse la acumulación de interés al capital para exigir mayores réditos”, lo cual con-

trasta enormemente con el C. civil español, que no sólo permite esa acumulación sino que la dispone en el art. 1.109.

Pues bien, ya dijimos al iniciar el trabajo que *el préstamo puede ser civil o mercantil*. Es civil el mutuo en que presto a mi vecino, que me dice anda apurado de liquidez, la cantidad con la que podrá pagar la cuota en los gastos generales de nuestra comunidad de propiedad horizontal. Sin embargo, el contrato de préstamo es hoy una de esas instituciones que, otrora civiles, ahora están mercantilizadas en el tráfico: puede decirse que el préstamo *mercantil* es actualmente más importante que el civil, aunque sólo sea desde un punto de vista estadístico. Y dentro del préstamo mercantil *debe distinguirse dos especies*: 1.^a, la del préstamo que es mercantil porque se hace a empresario que destina lo prestado a sus actos de empresa, cualquiera que sea el prestamista: v. gr. de nuevo yo le presto a mi vecino, pero esta vez para que pueda mejorar el supermercado que regenta, mutuo éste cuya mercantilidad resulta del art. 311 C.Co. Y *segunda especie* es la del préstamo que hace un Banco o una entidad de crédito. El mutuo es entonces mercantil, cualquiera sea el sujeto que lo reciba y el destino que dé a lo prestado, civiles o mercantiles, como señalara el TS en St. de 9 de mayo de 1944, confirmada después en verdadera jurisprudencia.

Así las cosas, a la 1.^a especie de préstamo mercantil (el no bancario a empresario) resulta, sin ningún género de dudas, *aplicable*, con todo su rigor, *la prohibición de pactar el A. "a priori"* contenida en el art. 317 C.Co., en tanto que a la 2.^a especie (préstamo bancario) *también debería ser aplicable* y, sin embargo observamos que generalizadamente los Bancos incluyen en sus pólizas y escrituras de préstamo y crédito el pacto de A. "a priori" y parece prosperar siempre, como "statu quo" aceptado por todos, algo que es así y que, por tanto, debe ser así o debe de ser así...

Para permitir a los Bancos su pacto de A. "a priori" se nos ocurren, al menos, *cuatro estratagemas*. La primera ya la

conocemos: defender que no hay contradicción entre los dos incisos del art. 317 C.Co. y que el 2.º de ellos admite la capitalización tanto “a priori” como “a posteriori”, aunque sólo sea por el principio hermenéutico del “odiosa est restringenda”. Pero ya vimos antes cómo no se sostiene esta tesis y cómo puede contraatacarse.

La *segunda* consistiría en tener en cuenta *el art. 310 del C.Co.* español: cuando el depósito mercantil es de los verificados en Banco o Entidad de Crédito, el contrato es especial en cuanto a su régimen, pues se rige, en primer lugar por los Estatutos de dicha Entidad, y sólo en 2.º lugar, por las prescripciones del C.Co. *Análogamente* (art. 4.1 C.c.), cuando el préstamo mercantil es de los que hace un Banco o Entidad de Crédito estaríamos ante un préstamo especial que debería regirse 1.º por los Estatutos del prestamista (que, a buen seguro, le permitirán prestar con A. apriorístico) y sólo en 2.º lugar, por los art. 311 y ss. del C.Co., que serían todos ellos de Derecho dispositivo, al menos para los Bancos. En consecuencia, la prohibición de A. “a priori” pactado del art. 317 C.Co. únicamente resultaría aplicable como Derecho necesario a la 1.ª de las especies del préstamo mercantil (el no bancario a empresario).

Sin embargo, esta tesis es rechazable, en primer término, porque “inclusio unius, exclusio alterius”, lo que se prevé sólo para depósitos, se excluye para préstamos y créditos. En segundo término, no se aprecia cuál pueda ser la “eadem ratio iuris” que justifique la aplicación analógica del art. 310 C.Co. a los préstamos y créditos cuando éstas son operaciones bancarias activas y el depósito le es de carácter pasivo al Banco. Y, en tercer término, aun cuando el préstamo mercantil bancario se hubiese de regir 1.º por los Estatutos del Banco y 2.º por el C.Co., los Estatutos sólo podrían prevalecer sobre el C.Co. en lo que éste fuese de Derecho dispositivo, nunca en su Derecho cogente, y si hay en los arts. 311 a 319 del C.Co. algún precepto que parece

de Derecho necesario y no admitir contemplación ése es el art. 317 y su “no devengarán”.

La *tercera estratagema* consiste en invocar la *analogía con el párrafo 3.º del art. 1.109 de C. civil*, que, en punto al anatocismo, prevé que “los Montes de Piedad y Cajas de Ahorro se regirán por sus reglamentos especiales”. Así, análogamente, por ser todas ellas entidades de crédito de ámbito operativo ilimitado del sistema financiero español, Bancos públicos y privados, al igual que Cajas de Ahorro, habrían de regirse por sus reglamentos.

Tesis ésta que resulta rechazable por tres razones: 1.ª, por la ya empleada con anterioridad regla de interpretación del “inclusio...”: incluidas sólo las Cajas en el art. 1.109,3 C.c., quedan excluidas las demás Entidades de Crédito, máxime cuando a ellas parece más aplicable el párrafo 2.º del mismo artículo: “en los negocios comerciales, se estará a lo que dispone el C.Co.”. 2.ª: no hay aquí tampoco una misma razón en Derecho que justifique la analogía pues las Cajas son entidades de crédito “sui generis” tanto por su naturaleza fundacional como por su función social, que poco tienen que ver con la naturaleza de sociedad mercantil y su función de obtención de lucro que caracterizan a los Bancos. Pero, justamente por esto, sería paradójico que se les admitiese a las Cajas el mayor lucro que deriva de poder pactar el A. “a priori” y no a los Bancos. Por ello debemos repetir aquí una idea ya antes expresada y que constituye la 3.ª razón por la que combatimos la tesis del párrafo anterior: que cuando una ley permite que una Entidad de Crédito (sea el art. 310 C.Co. sea el art. 1.109 C.c.) se rija 1.º por sus Estatutos antes que por la propia Ley, lo hace sólo en cuanto a sus normas dispositivas, reservándose siempre la aplicación preferente de sus normas necesarias, así que probablemente ni siquiera las Cajas de Ahorro, sujetas al Derecho Mercantil imperativo como empresarios del crédito, puedan recoger válidamente en sus Estatutos el pacto de A. “a priori”.

Y la *cuarta estratagema*, la menos sostenible de las cuatro, sería considerar que *el Derecho alemán*, tanto en el BGB (Código civil) en su párrafo 248 (ya citado) como en el Código de Comercio de 1897 en su párrafo 355, tras prohibir, como regla general el convenio de A. “a priori”, *se lo permite*, con carácter de excepción, a las Entidades de Crédito que, en efecto, “pueden convenir que los intereses no cobrados de las imposiciones se consideren como nuevas imposiciones a interés” y “pueden exigir interés del saldo de la cuenta corriente, si al menos una de las partes es comerciante, desde el día del cierre, aunque en el saldo también vayan incluidos intereses”. Y *si esto es así en*, al menos, uno de los *Estados miembros de la Unión Europea*, tal vez *habría de ser igual en todos los demás*, de tal manera que todas las Entidades de Crédito que operen en la Unión compitan entre sí en las mismas condiciones, cualquiera que sea el lugar de sus operaciones. Lo cual, en línea de “*lege ferenda*” es muy *considerable, pero no así*, sin embargo, de “*lege data*” mientras no haya Reglamento o Directiva comunitaria que imponga dicha equiparación.

En *CONCLUSIÓN*: lo tienen muy difícil (si no imposible) los Bancos para sustentar *jurídicamente* sus pactos de A. “a priori”, pues a la vigencia incontestable del art. 317 C.Co., se suman las ya referidas vigencias de la Ley de la Usura y de la Ley de Consumidores, que en su art. 10.1.c.5.^a parece mostrarse particularmente contraria a una condición general de contratación que, como sería precisamente la de A. “a priori”, consista en “incrementos de precio por aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y expresados con la debida claridad y separación”.

Lo tienen difícil, pues, los Bancos *jurídicamente* y, pese a ello, imponen *fácticamente* sus pactos de A. apriorístico merced a su inapelable poderío económico, de igual modo que, “de facto”, han logrado, como ya dijimos, que apenas se les

aplique la legislación represora de la usura. Y la jurisprudencia parece ciertamente tímida ante ellos.

V.d. En el Código civil de 1889.

Tras el C.Co., viene el *Código civil de 1889*, que no sólo se desmarca de la Ley de 1856 en cuanto al anatocismo legal del art. 1.109 de aquél cuando dice, como ya hemos visto, que “los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados”, sino que, además, añade que ello es así “*aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto*”. De forma que “la obligación”, o sea, *el contrato* del que surge esa obligación (civil) –v. gr. un contrato de préstamo– *puede válida y eficazmente regular la cuestión del anatocismo, pactarlo “a priori”*.

Y ello se traduce, básicamente, en *dos posibilidades*. La 1.^a ya la expresamos con anterioridad: *puede pactarse “a priori”* que desde que son judicialmente reclamados, los II. (remuneratorios simples) vencidos devenguen, *como I. moratorio-compuesto, no el interés legal sino otro* –interés convenido– *distinto*. Y la 2.^a *posibilidad* que abre el C.c. a la autonomía de la voluntad consiste en poder *pactar “a priori”* que no sólo desde que sean judicialmente reclamados sino también *desde* que el deudor entre en mora por *reclamársele extrajudicialmente* (por ejemplo, notarialmente) el pago de los II. remuneratorios vencidos, *devenguen éstos el interés moratorio (compuesto) convenido o legal*.

Así lo entiende el TS en St. de 6 de febrero de 1906 que declara lícito tanto el abono de intereses sin tasa como el de intereses de intereses. Igualmente, la DGRN en su R. de 16 de octubre de 1908 que, remitiéndose a la citada St. del TS, dice que “cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre la vigencia de la Ley de 14 de marzo de 1856, no cabe dudar que los artículos 1.109 y 1.755 del Código civil la han modificado en lo relativo a interés de intereses, en armonía con el art. 1.255 del mismo cuerpo legal”,

así que el Centro Directivo no encuentra el pacto de A. "a priori" contrario a las leyes (españolas), ni a la moral ni al orden público. Y así, la DGRN en su R. admite como lícito el pacto, en escritura de préstamo hipotecario, por el que "si el deudor dejase de pagar algún año los intereses, podrá el acreedor dar a su arbitrio por vencido el plazo del contrato o acumular los II. no satisfechos al capital del préstamo, cobrando por ellos el mismo tanto por ciento", lícito, dice la R., "sin perjuicio de las facultades que puedan competir a los Tribunales por virtud de la Ley (entonces reciénísima) de 23 de julio de 1908".

370

¿Por qué cabe el pacto de A. "a priori" en el préstamo y obligaciones civiles y no en los mercantiles? MUCIUS SCAEVO-LA, comentando el C.c. da una respuesta muy graciosa: "en algo se tenían que diferenciar C.c. y C.Co. para así poder justificar la existencia de un código tan extenso como el de Comercio, como distinto del C.c.". Respuesta que es har-to civilista y hasta anti-mercantilista, que, además, carece de rigor pues el C.Co. es anterior al C.c., y quien se aparta del estado de cosas anterior (L. 1856) no es el C.Co. sino el C.c.

A nuestro juicio, el legislador mercantil hace bien en temer que el prestamista que hace del préstamo su empresa (actividad habitual) pueda abusar del A. pactándolo "a prio-ri" y, por ende, lo prohíba. Temor que quizás no esté tan fundado cuando quien presta sea un no profesional, lo que, por hipótesis, podría explicar la admisión del A. conven-cional por el legislador civil, lo que se complementa, con el tiempo, con la posibilidad de reprimir la usura si se da el abuso. Además, es coherente con la libertad de tasa que acoge el C.c.

V.e. En el Fuero navarro de 1973.

Por su parte, *el FN navarro*, ya dijimos que no estable-ce un anatocismo legal. Pues bien, en cuanto al convencio-

nal, *no parece posible el pacto de A. "a priori"* ya que no lo permite ni prevé en ninguna parte: la Ley 535 dice que "en el préstamo de dinero se pueden estipular intereses dentro de los límites lícitos", pero no dice que además se puedan estipular intereses de intereses.

En cambio, el pacto de A. "a posteriori" aparece explícitamente admitido en la Ley siguiente, la 536: "cualquier deuda vencida de cantidad determinada (pensemos, por tanto, en la de intereses remuneratorios simples vencidos) puede convertirse en deuda de préstamo por el simple acuerdo de las partes". Y podrán, claro está, estipular intereses para esa nueva deuda de préstamo, al amparo de la recién citada Ley 535, pero, además, curiosamente, añade la Ley 536 que "en este caso" de conversión "se presume que se devengarán los intereses legales desde el momento del acuerdo", siendo éste, según parece, el único caso de intereses remuneratorios que surjan "ex lege" y sin necesidad de ser pactados, en nuestro Ordenamiento.

371

VI. La cobertura hipotecaria del interés

Y para terminar este trabajo, abordaremos el problema de LA COBERTURA HIPOTECARIA DEL ANATOCISMO. Y, una vez más, para no comenzar la casa por el tejado, expondremos cómo la Hipoteca (H) cubre el interés simple.

VI.a. La del I. simple remuneratorio.

La H. constituida en garantía de una obligación pecuniaria principal garantiza automáticamente los II. remuneratorios simples que por pacto aquélla devengue, sin necesidad de consignar expresamente en la escritura ni en la inscripción dicha cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios. Para cumplir, sin embargo, con el principio de determinación del art. 12 de la Ley Hipotecaria, sí que habrá de expresarse el

importe de los intereses cubiertos o bien tan sólo su tipo, pues los terceros podrán llegar a conocer aquel importe aplicando dicho tipo al principal en función del tiempo de devengo de los II. que queda igualmente fijado. Así que *la H. podrá configurarse como ordinaria* o de tráfico, en garantía de una obligación cierta de cuantía también cierta si es que el tipo de interés es fijo. De ser variable, la H. habrá de constituirse como de seguridad, fijando el máximo de la responsabilidad hipotecaria y cumpliendo los demás requisitos que la DGRN exige para el caso (R. 12 de septiembre de 1972).

VI.b. La del I. simple moratorio.

372

Los intereses moratorios simples, en cambio, no implican para el deudor del principal una obligación cierta, sino todo lo contrario: sólo debe pagarlos si se cumple el hecho futuro e incierto de incumplir la obligación de pagar el principal a su vencimiento y quedar, además, el deudor constituido en mora. Así que la H. que pretenda garantizar dichos II. moratorios simples habrá de constituirse como H. de seguridad en garantía de obligación ora sujeta a condición suspensiva —la citada— ora de obligación futura, opción esta última que parece la más adecuada, ya que, con la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, nadie se halla, al constituirse la H., obligado todavía a pagar los moratorios.

Además, los II. moratorios simples son de cuantía también incierta, porque aun habiéndose pactado su tipo o, en su caso, aun conociendo que la Ley, a falta de pacto, fija ese tipo en el legal del dinero, resulta desconocido, al constituirse la garantía hipotecaria, el importe del principal impagado sobre el que se girarán los intereses y, sobre todo, el número de días que durará la mora y durante los cuales se producirán los mencionados II. moratorios. En consecuencia, la H. que aspire a cubrirlos habrá de fijar el máximo a

que puede alcanzar la responsabilidad real hipotecaria por los mismos.

Esta es la posición de la DGRN sobre los intereses simples en al menos tres Resoluciones del año 1987 (20 de mayo, 23 y 26 de octubre) que extraen como consecuencias: 1.^a la de que, por el citado principio de determinación, la H. en garantía del principal de una deuda "simpliciter" no puede cubrir los II. moratorios, sino sólo los remuneratorios. Y 2.^a, no cabe fijar una cantidad global de que responda la finca hipotecada por el concepto demasiado genérico de "intereses", pretendiendo cobijar bajo los mismos así los remuneratorios como los moratorios.

VI.c. La del I. compuesto pactado *a posteriori*.

Igualmente, *las costas y gastos derivados de la ejecución de la H., sean judiciales o extrajudiciales, sólo han de pagarse en el caso de que llegue la incierta y futura ejecución y desconocemos al crear la H. a cuánto ascenderán esos gastos. Así que costas y gastos de ejecución es otro concepto que sólo cubrirá la H. si ésta se construye en garantía de esta específica obligación futura y fijando un máximo de responsabilidad real por los mismos.*

373

Pues bien, parece que *entre los gastos de la ejecución deben entenderse comprendidos, sin necesidad de que ni escritura ni inscripción lo expliciten, los intereses moratorios compuestos que constituyen los dos casos de anatocismo legal de nuestro Ordenamiento: 1.º los devengados, a virtud del art. 1.109 C.c., por los II. remuneratorios simples vencidos desde que son judicialmente reclamados. Y 2.º, si el acreedor acude, para la ejecución de su H., al juicio declarativo ordinario seguido de ejecución de la sentencia que en el mismo se dicte (caso éste del todo extraño, pues antes acudiría al juicio ejecutivo ordinario, y antes que a éste, lo hará al judicial sumario o al extrajudicial), (moratorio compuesto) devengado, a virtud del art. 921 LEC, por la cantidad líquida*

de intereses (remuneratorios simples) a cuyo pago condene la Sentencia que se ejecute. Ambos intereses (1.109 C.c. y 921 LEC) representan, en efecto, aquello que le “cuesta” al acreedor hipotecario la ejecución de la H. respecto de un dinero (el de los citados II. remuneratorios) que durante el procedimiento para hacerlos efectivos deja de disfrutar.

Los restantes gastos derivados de la H. *distintos de los* que resultan *de su ejecución*, por ejemplo, las primas del seguro de la finca hipotecada que, correspondiendo su pago al hipotecante, las haya desembolsado el acreedor hipotecario, *constituyen*, según la DGRN, *otro concepto diferente* de todos los anteriores (principal-remuneratorios, moratorios y gastos de ejecución), *así que* sólo los cubrirá la H. que los contemple específicamente, en apartado distinto de los demás, debiendo, en realidad, construir para ellos *su propia hipoteca*, que será de seguridad *en garantía de la obligación futura* de pagarlos y *con su propio máximo*.

374

El pacto de anatocismo “a posteriori” en el que, además de acumular intereses vencidos al capital, se estipulen nuevos réditos parece que *debe estimarse*, a los efectos hipotecarios, *como un nuevo contrato de préstamo* en que se pactan intereses remuneratorios simples, así que *la cobertura hipotecaria* de dicho pacto es la que ya hemos visto para ese caso: *basta cubrir el préstamo* (su principal) y *la H. se extenderá por sí sola*, “ipso iure”, a los II. remuneratorios, siempre que, eso sí se fije su importe o su tipo fijo. Si bien ya vimos que, si el tipo se establece variable, será menester construir una H. de máximo.

VI.d. La del I. compuesto pactado *a priori*.

Si, por contra, *el pacto de A. es apriorístico*, se *estará creando la obligación futura e incierta* de abonar un interés (el compuesto) por unos intereses (los remuneratorios simples) que todavía no han sido impagados y *el importe* de esa obligación *será tan incierto* como la propia obligación, pues

dependerá del número de días del impago. Así que para cubrir dicho pacto, *debe constituirse una nueva y distinta hipoteca*, en garantía de la citada *obligación futura* y con su propio *máximo*.

Esta *hipoteca* es *admisible* por pura analogía con la H. en garantía de los intereses moratorios simples, pues hemos sostenido que la naturaleza del interés compuesto (que nace del pacto de A. “a priori”) es la moratoria, o sea, la de indemnizar los daños de la mora en el pago (no del capital sino) de los II. remuneratorios. *En contra de semejante hipoteca*, podría invocarse la analogía con el art. 219,3.º del Reglamento Hipotecario, que establece que “las cláusulas de estabilización (añadidas a los contratos de préstamo hipotecario) tendrán eficacia al solo efecto del pago del capital garantizado. Los intereses se satisfarán por el principal nominal asegurado”. En consecuencia, parecería que, en materia hipotecaria, los intereses sólo cabe girarlos sobre el principal inicial y no sobre un principal “engordado”, cualquiera que sea la causa de su crecimiento: ni por estabilización ni por acumulación de intereses. *Sin embargo*, este art. 219,3.º RH se limita a recoger el espíritu de la ya citada R. 20 de mayo de 1987 DGRN: la H. en garantía del principal sólo puede garantizar el inicial, el cual no puede crecer para inseguridad de terceros adquirentes del dominio o de derecho real inscribible sobre la finca hipotecada. Lo que no impide, en aquel espíritu, cubrir el pacto de A. “a priori” con su propia H., distinta de la del principal, en la forma antes vista.

Y así, la R. 16-10-1908 DGRN permite al deudor del caso constituir (pues accede a su inscripción) hipoteca en garantía de la deuda contraída con pacto de A. apriorístico.

VI.e. El límite del art. 114 de la Ley Hipotecaria

Si bien, en las obligaciones garantizadas con H., a los dos límites clásicos: no incurrir en usura y no abusar de los

consumidores, se agrega un tercer *límite*, esta vez en *protección del tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria*: la acción real hipotecaria para hacer efectivos los intereses no alcanza, en perjuicio de ese tercero, sino a dos anualidades de los mismos y a la parte vencida de la anualidad corriente, salvo pacto que las aumente, lo que cabe hasta cinco anualidades. A este límite han de someterse, en efecto, los II. remuneratorios, como también los II. moratorios simples y por tanto también, los II. moratorios compuestos del anatocismo. Y, es más, si concurren dos o las tres de estas especies de intereses en un caso dado, la suma de ellos no podrá exceder, en perjuicio del tercero citado, del tope antes visto. Pero, todo ello, sin perjuicio de que el resto de los intereses pueda exigirlo el acreedor a través de su acción personal, como dispone el art. 147 de la Ley Hipotecaria.

**EL DERECHO CIVIL EN CUBA DURANTE
LOS SIGLOS XIX Y XX. VALORACION
DE LA PARTE GENERAL (LIBRO PRIMERO)
EN EL CODIGO CIVIL DE 1987**

377

GISELA MARÍA PÉREZ FUENTES

Doctora

SUMARIO: **I.** SIGLO XIX. **II.** FINALES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX, 1898-1902. **III.** 1902. REPÚBLICA. **IV.** 1959. TRIUNFO DE LA REVOLUCIÓN DEMOCRÁTICA POPULAR E INSTAURACIÓN DEL GOBIERNO DE FIDEL CASTRO. **4.1.** Explicación del antagonismo entre el sistema del gobierno y el Código Civil. **4.2.** Décadas de 1970-1980. Proceso de institucionalización. **4.3.** Proceso de codificación civil en el Gobierno de Fidel Castro. **4.4.** Estructura del Código Civil. **4.5.** Consideración específica de las disposiciones del Libro Primero. **DERECHOS DE LA PERSONA. II. DERECHO DE PROPIEDAD. III. DERECHO DE OBLIGACIONES. IV. DERECHO DE SUCESIONES.**

I. Siglo XIX

En Cuba, a diferencia de otros países latinoamericanos como México por ejemplo las culturas precolombinas no dejaron huellas significativas aunque se conserven algunos nombres geográficos provenientes de ellas.

Los elementos que formaron el Derecho Civil cubano, son esencialmente los provenientes del ordenamiento jurídico español, inspirado en gran medida por el Derecho Romano.

El legislador español, durante siglos, fue haciendo extensiva a la isla sus antiguas leyes, como la Novísima Recopilación, que al promulgarse por Real Cédula de 15 de junio de 1805, dejó subsistentes, con carácter supletorio, al Fuero Juzgo. Además seguían en Cuba, como supletorias, las leyes de India, y se mantuvo, hasta bien avanzado el siglo XIX, la institución de la esclavitud (1888).

En el mismo siglo XIX se produjeron las codificaciones continentales europeas, que comprenden una gran parte de las relaciones jurídicas del capitalismo industrial. En este contexto, el Código Napoleón de 1804, marcó un indiscutible hito en la evolución jurídica europea, e influyó notablemente en la codificación civil española, que culminó con la promulgación del Código civil de 24 de julio de 1889. La isla por ser considerada provincia de ultramar fue beneficiada con la codificación española desde el propio año 1889, cuando por Real Decreto de 5 de noviembre, se hizo extensivo a Cuba.

Sobre la base del Código civil español se desarrolló la enseñanza del Derecho Privado en Cuba porque aun cuando este instrumento jurídico reflejaba la realidad social de los siglos XVIII y XIX continuó gozando del prestigio de lo clásico.

II. Finales del siglo XIX y principios del siglo XX - 1898-1902

La pérdida de Cuba por España fue sucedida a fines del siglo XIX y principios del XX por dos intervenciones militares norteamericanas en Cuba, lo que determinó en nuestro país la influencia de instituciones anglosajonas.

Durante las referidas intervenciones se legisló sobre la capacidad para contraer matrimonio, se modificó el régimen sobre la forma y la validez del matrimonio religioso y se derogó la facultad de los padres para recluir a sus hijos en establecimientos correccionales.

La Orden del Gobierno interventor número 140 de 28 de mayo de 1901, restableció el matrimonio religioso y dispuso que a los efectos legales el matrimonio sería considerado como un contrato civil, conforme a los precedentes romanos.

Otro aporte de la legislación interventora norteamericana fue la derogación del retracto convencional, por la Orden Militar 191 de 20 de agosto de 1901. En virtud del retracto convencional, el vendedor de un inmueble podía pactar con su comprador la recuperación del bien y la resolución de la venta, mediante el pago de un precio determinado.

379

III. 1902 - República

Durante la existencia de la República Neocolonial instaurada el 20 de mayo de 1902, bajo la tutela norteamericana se promulgaron algunas disposiciones legales que, en mayor o menor medida, modificaron el Código civil español. No obstante por Orden 148 de 1902, queda expresada la vigencia de las leyes civiles, y por consiguiente del Código de 1889.

La Ley de 29 de julio de 1918 ratificó el carácter contractual del matrimonio, y el Decreto-Ley 206, de 10 de mayo de 1934 autorizó, el divorcio con disolución del vínculo matrimonial.

En materia de contratos, la Ley de 22 de marzo de 1922 introdujo los contratos de colonato y molienda de cañas, relacionados con la explotación de la tierra.

En el ámbito urbano, lo más significativo, lo constituyó la legislación modificativa de los contratos de arrendamientos, a partir del Decreto 2006 de 30 de diciembre de 1933, que fue seguido por la Ley de Alquileres de 23 de marzo de 1939 y otras disposiciones que establecieron un derecho de permanencia de los inquilinos en los inmuebles arrendados. Una reforma constitucional del año 1935 autorizó la alteración o anulación de los contratos civiles por causas de utilidad pública.

En otro orden de materias y en relación con el tráfico de inmuebles y el régimen inmobiliario, se dictó el Decreto-Ley 882, de 19 de febrero de 1935, sobre contratos de opción, inscribibles en el Registro de la Propiedad, que conferirían al optante la posibilidad de adquirir derechos sobre un inmueble según las condiciones establecidas en la opción.

El Decreto-Ley 473, de 23 de diciembre de 1935, reguló el contrato de prenda y el Decreto-Ley 770, de 4 de abril de 1936, modificó el régimen del contrato de préstamo. La Ley del Patrimonio Familiar 18, de 4 de junio de 1943 y su Reglamento, contenido en el Decreto 507, de 9 de marzo de 1944, establecieron el régimen del bien de familia inembargable.

La Ley 7, de 25 de noviembre de 1948, modificó las normas vigentes sobre el arrendamiento y la aparcería en el ámbito agrícola, y como última referencia a esta segunda etapa del Derecho Civil cubano, mencionamos la Ley Decreto 305, de 6 de agosto de 1952, la cual estableció la imprescriptibilidad de las acciones del Estado para reivindicar sus bienes.

Además de la influencia anglosajona de principios de siglo, existieron en la década del 40, intentos parlamentarios de elaborar un Código civil de la República, pero el proyecto, elaborado por profesores universitarios como Sánchez Bustamante, resultó demasiado extenso, profundizando demasiado en las normas de Derecho Internacional Privado, en

definitiva sólo resultó un intento que aparece en la historia del país con valor docente e histórico pero no jurídico pues no fue aprobado.

IV. 1959 - Triunfo de la Revolución Democrática Popular e instauración del Gobierno de Fidel Castro

Para explicar la evolución del Derecho Civil cubano en el sistema socialista que impera en la isla actualmente, se convierte en imprescindible una referencia a su principal ley: EL CÓDIGO CIVIL.

4.1. ¿Cómo explicar éste fenómeno jurídico de supervivencia en un país, donde su gobierno enarbola un sistema económico y social antagónico a las normas que el Código civil protege?

381

Hasta el Triunfo de la Revolución Democrática Popular en Cuba, en el año 1959, no se oponían los principios económicos de los diferentes Gobiernos de la República, con el Derecho vigente a partir de este año, sí se produce la gradual pero rápida eliminación de la propiedad privada y el Código civil sufrirá serios embates. Así las leyes de Reforma Agraria Primera de mayo de 1959, y segunda en 1963, y la Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, implicaron trascendentales cambios en el régimen de propiedad inmobiliaria rural y urbana y en el régimen del Derecho de Obligaciones y los contratos con la eliminación legal del arrendamiento urbano, los préstamos hipotecarios y contratos de compraventas de bienes inmuebles. Las leyes de nacionalización de las grandes industrias del país de los primeros años conformaron el surgimiento de la propiedad del Estado como la principal. Se provocaba así la obsolescencia indiscutible del Código civil español, que resultaba así cada vez más inaplicable.

4.1.1. *¿Por qué entonces no se dictó antes un Código civil socialista?*

382

En primer lugar, existe un principio histórico en revoluciones de este tipo donde el hecho precede al derecho, la jerarquía normativa de un Estado de Derecho no parece cumplirse formalmente en los comienzos; las normas de carácter administrativo, Derecho típico de éste régimen por el carácter imperativo de sus normas, modifican y limitan constantemente las normas dispositivas aunadas en el Código civil, pero los vuelcos en la superestructura que se producían en los primeros años eran demasiado inestables para tratar de protegerlos de forma jurídica con la demora propia de cualquier proceso legislativo, por ello, la inaplicabilidad del Derecho Civil se convirtió en otra peculiaridad del Gobierno cubano que a pesar de todo esgrimía la existencia del Código civil, norma que siguió estudiándose en las Universidades del país. Lo también cierto es que las instituciones sociales con matices jurídicos que iban naciendo en el propio proceso revolucionario no tenían identidad propia, ni podían ser importadas como otros productos del extinto campo socialista porque no existía identidad alguna en Derecho, tema que por cierto como tantos otros no ofrecían información interesante, sólo en alguna rama del Derecho trató de copiarse el modelo jurídico económico socialista surgiendo así en Cuba el Derecho Económico, como paradigma jurídico del sistema de planificación, conjuntamente con el Derecho Administrativo y el Derecho Penal como modelos jurídicos para organizar y educar a los ciudadanos formados en una nueva moral: la comunista.

4.2. Décadas de 1970-1980. Proceso de institucionalización.

¿Y el Derecho Civil? ¿la ley fundamental del ciudadano? los primeros años de proceso revolucionario no eran tiempos de personas naturales, eran tiempos de Estado socialista

por demás, única persona jurídica cierta, pero después de la década del setenta a los quince años de Gobierno, éste se ha convertido en adulto, ha creado sus propias instituciones de Estado, cuenta con una Constitución, promulgada en 1976, organiza el sistema judicial y promulga la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral en 1977, y el año anterior se había promulgado el Código de Familia, escindiéndose del Derecho Civil cubano (1976), a todo lo anterior le secundó la promulgación de otras leyes con identidad nacional como la Ley de Organización de la Administración Central del Estado, la Ley Electoral, la Ley de procedimiento Penal y el Código Penal de 1979. Se conformaba así la base jurídica de poder, y la consolidación del Gobierno socialista, en un intento de convertirse en Estado de Derecho, provocaba también los nacientes problemas de las relaciones entre los ciudadanos porque si es cierto que las relaciones de familia y propiedad fueron casi anuladas, existían circunstancias imposibles de detener como los procesos sucesorios por ejemplo, además las nuevas formas de propiedad creadas en el propio proceso producían conflictos en sí mismas incapaces de solucionarse con medidas imperativas, válidas para un período de transición pero imposible de penetrar la vida del ser humano. Se hacía perentorio una actualización de la ley civil, de la ley del ciudadano, que culmina con la promulgación del Código civil cubano aprobado por la Asamblea Nacional, es decir el Parlamento cubano el 16 de julio de 1987.

4.3. Proceso de codificación civil en el Gobierno de Fidel Castro.

Como dato histórico curioso, señalo que la promulgación del Código civil fue precedida por la elaboración de 9 anteproyectos desde agosto de 1979 hasta mayo de 1986, última propuesta que fue presentada ante el Parlamento cubano y aprobado sin mayor comentario parlamentario. Fue publica-

da como Ley 59 en Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre del mismo año, para comenzar a regir a los 180 días siguientes a su publicación, o sea el 12 de abril de 1988.

4.3.1. *Fuentes.*

Han servido de fuentes de inspiración directa del Código civil cubano los textos legales siguientes.

— Código de Comercio español, que rige en Cuba desde 1886.

— Código civil español, que rigió en Cuba desde 1889.

— Código civil alemán de 1900.

— Código civil de la República Socialista de Checoslovaquia de 1964 y su modificación por la Ley 70 de 1983, que reguló la usucapión.

— Código civil de la República Popular de Polonia de 1964.

— Código civil de la República de Hungría, como quedó redactado en 1977.

— Código civil de la República Democrática Alemana de 1975.

— Constitución cubana de 1976.

— La Ley española de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil, Ley 3 de 1973, y Decreto Ley de 31 de marzo de 1974.

En menor medida se utilizaron como fuentes el Código civil de Chile de 1857, el argentino de 1869, el suizo de 1907, el italiano de 1942, y el anteproyecto del que después sería el Código peruano de 1984.

4.3.2. *¿Y cómo es el Código civil cubano?*

El Código civil cubano tiene en cuanto a forma, es decir el Plan que sigue, cómo se estructuran las materias, el mismo seguido por los países de Europa Oriental, inspirados en el Plan de Savigny, quizá su mayor mérito, con una Parte

General dedicada a la teoría de la relación jurídica, que a la vez se convierte en Libro supletorio para las siguientes partes del Código: Derecho de Propiedad, Derecho de Obligaciones y Derecho de Sucesiones y también para las demás leyes civiles. El Código civil cubano excluye de su articulado el Derecho de Familia, argumentándose para ello que las relaciones personales en este Derecho tienen peculiaridades distintas y muy propias y que el patrimonio constituido a partir de las relaciones familiares, no es la principal causa de constitución de dicha relación familiar.

4.3.2.2. *¿Reducción del Código civil cubano?*

El Código civil español se integraba por 1976 artículos, el cubano sólo se conforma por 547, además de las Disposiciones Especiales, Disposiciones Transitorias y Finales. ¿Significa la reducción por el nuevo Código del ámbito del Derecho Civil?

Lo cierto también es que en la actualidad el Código no puede identificarse con la rama que representa, es un Código la reunión sistemática y completa en un solo cuerpo legal de la generalidad de normas jurídicas, presididas en su formación por unidad de criterio y tiempo pero no abarca la totalidad de las normas civiles aunque el basamento central y coordinador de todas ellas se encuentre en el Código y por ello siga representando su ley principal.

— INCORPORACIÓN DE UNA PARTE GENERAL

Al comparar el Código cubano con el anterior vigente, nos percatamos que el actual está permeado por la técnica de la abstracción. Esta característica primera se identifica con la incorporación de una Parte General en el Código, aun cuando algún sector de la doctrina impugna la eficacia de la Parte General, considero acertado el empleo de esta técnica pues éste primer Libro, puede constituir una super-

estructura no sólo sobre el conjunto de las normas del Derecho Civil sino de las que se hallan contenidas en leyes especiales, cuya interpretación puede ser complementada por las Disposiciones del Código, acentuándose así el carácter supletorio con respecto a toda la legislación, y evitando artículos específicos para cada situación, así por ejemplo en la Parte General se incorpora el tema de la Responsabilidad contractual y extracontractual, por ser válida para todas las situaciones derivadas del incumplimiento de obligaciones en cualquier parte que se encuentren.

La realidad jurídica anteriormente señalada, justifica con un matiz técnico la reducción de artículos, pero las variaciones en el régimen de propiedad, la primacía de la Propiedad Estatal y eliminación de la propiedad privada, el desgajamiento del Derecho De Familia, Derecho Agrario y el surgimiento del controvertido Derecho Económico, en cuyo contenido priman las relaciones contractuales, también justifican sin dudas la reducción del articulado de los Libros de Derecho de Propiedad, Obligaciones y Sucesiones.

4.4. Estructura del Código civil.

El Código se estructura de la siguiente forma:

DISPOSICIONES PRELIMINARES.

LIBRO PRIMERO - RELACIÓN JURÍDICA.

LIBRO SEGUNDO - DERECHO DE PROPIEDAD Y OTROS DERECHOS SOBRE BIENES.

Se reconocen las formas de propiedad que existen en Cuba, amparadas en la Constitución, así como el reconocimiento de la propiedad de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines (art. 128.2).

Se incorpora la usucapión como forma de adquirir la propiedad y no se considera el hallazgo como tal (artículos 193 y 195). Las servidumbres se sustituyen por la denominación Limitaciones derivadas de las relaciones de vecindad.

LIBRO TERCERO - DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

Como se observa en el Título del Libro se hace referencia al contrato, cuestión a nuestro entender equivocada porque como se sabe los contratos constituyen otra fuente de Obligaciones.

Se ha señalado que uno de los aspectos novedosos del Código es la inclusión en este Libro de los Contratos de servicios, aunque la agrupación de todos estos contratos no aparece en una sección especial. Hasta la promulgación del Código civil no estaban reconocidos como contratos civiles y algunos carecían de una mínima regulación, estos contratos son: transporte de pasajeros, transporte de carga, hospedaje, servicios bancarios.

Además se regulan los contratos civiles típicos, siguiendo el Código la tendencia de considerar a todos los contratos consensuales: préstamo, comodato, y depósito.

387

LIBRO CUARTO - DERECHO DE SUCESIONES.

Se elimina la unidad del patrimonio hereditario, se elimina la existencia de herederos forzosos, se crea la institución de herederos especialmente protegidos, se elimina la cuota viudal usufructuaria.

4.5. Consideración específica de las disposiciones del Libro Primero.

El Derecho Civil posee dos instituciones básicas: PERSONA Y PROPIEDAD.

El Libro Primero se dedica a la protección de la persona natural y jurídica, y a la protección jurídica de los elementos de la relación, los que aparecen regulados en el artículo 23 del citado texto legal.

4.5.1. *El elemento subjetivo de la relación jurídica.*

Pero retomemos el elemento subjetivo de la relación jurídica y de ella la persona natural, el artículo 24 del Código civil significa, la personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte, notamos en este artículo y los dos siguientes que el Código aunque reconoce derechos al concebido, no hace disquisiciones jurídicas filosóficas sobre la determinación de estos dos acontecimientos naturales, dejando a leyes especiales de carácter administrativo tal solución, y para ello norma en el artículo 26.1: "La determinación de la muerte de la persona natural y su certificación se hace por el personal facultativo autorizado, conforme a la regulación establecida por el organismo competente".

388

El Código cubano mantiene además el principio de la conmorienencia, en el art. 27.1 y que significa en definitiva romper el tracto sucesorio cuando existe desconocimiento en el momento del fallecimiento de dos o más personas.

4.5.2. *Capacidad jurídica y capacidad de ejercicio. Circunstancias modificativas de la capacidad de obrar.*

Existen peculiaridades diferentes en relación a la capacidad y capacidad de obrar, sustituida ésta por la denominación ejercicio de la capacidad jurídica civil. El Código elimina las edades especiales para ciertos actos y establece un sistema escalonado, así se concede cierta capacidad a los niños mayores de 10 años y la mayoría de edad con el correspondiente pleno ejercicio de la capacidad se adquiere a los 18 años.

Art. 29.2. Hace mención a edades especiales pero en otras leyes, no en el Código civil. En relación al sistema escalonado para el ejercicio de la capacidad de obrar, introduce una categoría nueva en el Derecho cubano que se identifica con la capacidad restringida.

El Código cubano es muy concreto cuando regula las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar, asumiendo

do como válidas sólo dos: la minoría de edad y la enfermedad, quedan para el derecho histórico la prodigalidad, el concurso y la quiebra.

4.5.3. *Circunstancias de hecho que influyen en la situación jurídica de la persona natural.*

En cuanto al domicilio, éste no se considera ya como todos los Códigos civiles conocidos, como la residencia habitual, sino que es sustituido por el que como tal consta en el Registro oficial correspondiente art. 28.1 C.c.

El Código ha regulado otra circunstancia de hecho que influye en la situación jurídica de la persona natural: la ausencia y la presunción de muerte, sobre este tema los puntos más significativos son los siguientes:

Art. 33. Se mantiene un año para que una persona sea declarada ausente.

Art. 34. Es el más novedoso; en él, se determina que sin necesidad de declarar la ausencia puede declararse la presunción de muerte por el transcurso de 3 años. Regula, además, la ausencia calificada o desaparecido.

En el derecho anterior estas situaciones eran resueltas por documentos administrativos como fue por ejemplo el suceso de la Tormenta Tropical Flora, o la explosión de un barco en la bahía de La Habana. Una Ley en estos casos determinaba la inscripción de presunción de muerte por tales acontecimientos y este acto correspondía a autoridades administrativas, pero el Código no ha seguido esta práctica, además es de notar que el Código concede un plazo prudencial para determinar desaparecido a una persona y es el Tribunal quien determina tal situación. Los efectos en la ausencia calificada (desaparecido) son distintos, pues los declarados según el artículo 35, se igualan no al ausente sino al presuntamente muerto.

Art. 37. Prevé la posibilidad de aparición del presuntamente muerto. Este artículo ha quedado completado por el

... artículo 43 del Código de Familia y el artículo 60.e de la Ley de Registro del Estado Civil, en cuanto a la restitución de los derechos en el ámbito de la persona, y en casos que el presuntamente muerto fuera casado, mediante nota marginal en la inscripción de matrimonio, recobrará el matrimonio eficacia, si así lo solicitaren ambos cónyuges, quedando de lo contrario divorciados.

4.5.4. *Derechos de la personalidad.*

390

En cuanto al tema de los derechos de la personalidad, el Código civil, es regulado en un solo artículo y de una manera muy confusa y vaga (1). En el artículo 1 del Código civil cubano, al definirse el contenido o concepto del Derecho Civil, no quedan incluidas las relaciones personales puras, esto es, relaciones de carácter absoluto que protegen los derechos de la personalidad. Se asume entonces una posición negativa de regulación jurídica, según los redactores del Código civil cubano, que han tratado de explicar tal peculiaridad, señalando que existe reconocimiento de los derechos, cuando éstos han sido violados.

Resulta interesante adentrarse en cuáles son los derechos que legislativamente protege la legislación cubana.

La Constitución de la República establece:

- el derecho al trabajo (art. 45)
- el derecho a la protección social (art. 48)
- el derecho a la salud (art. 50)
- el derecho a la educación (art. 51)
- el derecho de reunión, manifestación y asociación organizado y autorizado (art. 54)
- libertad e inviolabilidad de la persona o el derecho a su integridad física (art. 58).

La Constitución cubana fue aprobada en 1976, y con respecto al tema de la persona, refleja con un matiz muy pú-

(1) Artículo 38 Código civil cubano.

blico, muy constitucionalista, las garantías y derechos del ciudadano. Nótese que el primer y más importante derecho de la persona, no aparece regulado: *El derecho a la vida*, pero es que otro derecho personal fundamental: *El derecho a la dignidad*, concebida ésta como reconocimiento de las terceras personas, a la decisión de cada ser humano, a su propia intimidad; no aparece en ley alguna.

Peculiar resulta también, que la Constitución como declaración de principios jurídicos, necesita la promulgación de leyes complementarias, la simple referencia del artículo 38, en el Código civil, sin posterior ley complementaria, en lo sustantivo y en lo procesal o adjetivo, provocan en el sistema jurídico cubano una desprotección a los derechos de la persona. Existe protección penal en cuanto al honor mediante delitos tipificados tales como: difamación, injuria y calumnia.

Ocurre que el tema de los derechos de la personalidad tienen a mi criterio una identificación con el Derecho Civil, no sólo por la propia protección a la persona y su intimidad o su sensibilidad en el ámbito jurídico sino también por la autonomía de la voluntad que esa propia persona, por el simple hecho de serlo, tiene que desarrollar, y es precisamente éste un rasgo del cual adolecieron los Códigos civiles de Europa Oriental, y el cubano de 1987.

391

4.5.5. *Las personas jurídicas.*

Las personas jurídicas se reconocen en el Código civil cubano a partir de las siguientes peculiaridades:

1. Pluralidad de personas.
2. Patrimonio propio.
3. Capacidad para ser sujetos de derechos y obligaciones.

Las personas jurídicas realizan sus actividades por medio de sus órganos de dirección designados o elegidos y los actos realizados por dichos órganos en relación con las actividades de las personas jurídicas obligan a éstas.

El Código civil en relación a las personas jurídicas las regula sólo numerándolas sin establecer clasificación

Señala el Código, son personas jurídicas además del Estado.

- a) Las empresas y uniones de empresas estatales.
- b) Las cooperativas (se refiere sólo a cooperativas agrícolas).
- c) Las organizaciones políticas, de masas, sociales y sus empresas.
- ch) Las sociedades y asociaciones, legalmente autorizadas.
- d) Las fundaciones.
- e) Las empresas no estatales autorizadas para realizar sus actividades.
- f) Las demás entidades a las que la ley le confiere personalidad jurídica

392

Es interesante destacar la situación que se crea en Cuba con la inscripción de las personas jurídicas. Como se conoce la personalidad de las personas naturales se determina por su nacimiento. En cambio en el caso de las personas jurídicas, por lo general, es decisiva la inscripción de la persona jurídica para el surgimiento de la personalidad.

Lo cierto es que algunas de las personas jurídicas reguladas en el artículo 39.2 no se le ha determinado estatalmente su registro, es el caso de: organizaciones políticas, sociales y de masas, las sociedades civiles y las Fundaciones.

4.5.6. *Objeto de la relación jurídica.*

La Parte General del Código se refiere a los elementos de la relación jurídica, no sólo la persona, es decir el elemento subjetivo. El artículo 45 trata el objeto de la relación jurídica, y define como objeto: bienes, prestaciones y patrimonio, interpretamos que se refiere y remite a cada uno de los Libros del Código.

4.5.7. *Causas que generan la relación jurídica.*

El artículo 47, se refiere a las causas que generan la relación jurídica, la concepción de este artículo en definitiva expone la teoría del hecho jurídico, la idea del legislador fue dejar precisado que lo esencial en toda clase de actos (sean negocios o no) es que la ley vincula a la manifestación de voluntad, la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica, independientemente que el contenido de ésta sea predeterminado por el autor o autores de la declaración.

Sobre el acto, el Código pues reconoce como elementos:

1. La manifestación de voluntad.

2. Objeto.

3. Forma. El Código civil establece que los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito.

Deben constar por escrito:

a) Los actos realizados por las personas jurídicas.

b) Los actos cuyo objeto tienen un precio superior a \$500.00 pesos cubanos.

c) Los demás que disponga la ley, se refiere.

En cuanto a la causa el Código la rechaza por considerarla inútil e innecesaria.

La noción de causa a que se refiere el Código civil es la inherente a las que generan las relaciones jurídicas y debe diferenciarse del concepto de causa de los contratos contenidos en el derogado Código civil español. Sólo el Código civil hace mención a la causa ilícita en el art. 100, referido al enriquecimiento indebido. La prohibición del enriquecimiento indebido tiene aplicación no sólo en materia de obligaciones, sino también en el régimen sobre bienes, y en las sucesiones, por lo que está perfectamente ubicado en la Parte General.

El eje cardinal de la Teoría del enriquecimiento indebido está en el tránsito de valor sin causa legítima de un patrimonio a otro, lo que fundamenta la obligación de restitución.

Sobre la ineficacia de los actos jurídicos, el derecho tradicional estudiaba dos grandes grupos.

1. Por disconformidad con la ley.
2. Por voluntad de las partes.

Desde el punto de vista doctrinal y práctico en esta clasificación ha sido eliminada, la inexistencia. El artículo 67, se refiere a causas de nulidad absoluta o de pleno derecho cuando falta algunos de los elementos esenciales como la forma y principalmente la voluntad, incorporando muy acertadamente la violencia y la simulación absoluta y relativa, pero puede existir nulidad absoluta por falta de coincidencia de voluntades (artículo 63) o por falta del objeto (artículo 45).

En definitiva, de acuerdo al Código civil cubano, son nulos los actos jurídicos realizados:

a) En contra de los intereses de la sociedad o el Estado, basta probar el interés.

394 b) Por personas que no pueden ejercer su capacidad jurídica.

c) Con violencia física.

d) En contra de una prohibición legal.

e) Sin cumplir las formalidades establecidas con carácter de requisito esencial.

f) Con el propósito de encubrir otro acto distinto.

g) Por una persona jurídica en contra de los fines expresados en sus estatutos o reglamentos.

El acto jurídico nulo no puede ser convalidado y es impugnabile en todo momento por parte interesada o por el Fiscal.

Las personas capaces no pueden ejercitar la acción de nulidad alegando la incapacidad de aquellos con quienes realizaron un acto jurídico

Se regula además, la nulidad relativa por error, fraude, terminología que utiliza el Código en lugar de la más técnica que es dolo, y amenaza (artículos 70, 71 y 72 C.c.).

Existe error si:

• El manifestante ha querido realizar un acto distinto al efectuado.

- El manifestante tuvo en cuenta otra cosa u otra persona distinta o de cualidades distintas de aquellas que es objeto del acto.

Existe fraude si:

- Una parte infunde una falsa creencia a la otra o la confirma en ella a fin de que emita una manifestación de voluntad, que en otras circunstancias no habría hecho.

Existe amenaza si:

— El manifestante obra bajo los efectos del temor provocado por medio del anuncio de un mal contra la vida, el honor o los bienes de un tercero.

La rescisión es otra forma de dejar ineficaz un negocio, en este caso porque haya ocurrido una lesión y no exista otro procedimiento de ineficacia al caso, se regula en el artículo 76 del Código civil. La acción de rescisión sigue siendo subsidiaria y esto significa que sólo podrá ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación.

395

En el Código aparece la nulidad parcial, la que provoca la afectación de determinada estipulación del contrato, sin trascender a los demás efectos del acto (artículo 55.2) así la incorporación de una carga a un acto de mera liberalidad, si este resulta ilícito por ejemplo, puede ser eliminada pero no así la eficacia del acto.

En todos los casos de nulidad existe una fuerte tendencia a la protección del Estado, así el artículo 75 dispone que en caso de que la nulidad se deba a que el acto se realizó en contra de los intereses del Estado o de la sociedad y en el supuesto de que todas las partes hayan obrado de mala fe, todo lo que cada uno haya recibido o deba recibir de la otra pasará al dominio del Estado.

4.5.8. *La responsabilidad jurídica civil.*

Señalamos con anterioridad que en la Parte General aparecen una serie de instituciones, válidas por su ubicación

para los restantes Libros del Código civil, es decir en el Código hay identidad de tratamiento conceptual entre la Responsabilidad contractual y extra-contractual, según interpretación de los artículos 81 y 82, en principio el Código civil asume la teoría de la responsabilidad objetiva, al disponer: El que cause ilícitamente daño o perjuicio a otro está obligado a resarcirlo. En los casos que se exija responsabilidad civil derivada de un proceso penal, también sería aplicable el régimen del Código civil, considerando que por su Disposición final Segunda el Código derogó los preceptos sobre esta materia contenidos en el Código Penal.

El contenido de la responsabilidad civil en el Derecho cubano comprende:

- a) la restitución del bien
- b) la reparación del daño material
- c) la indemnización del perjuicio, y
- d) la reparación del daño moral.

396

Del tratamiento de la responsabilidad surgen distintos tipos que escapan de la contractual o extracontractual, son los casos de responsabilidad por actos propios y la responsabilidad por actos ajenos o responsabilidad sustituta, tal y como aparecen en los artículos

90. Los padres o tutores son responsables de los daños y perjuicios causados por los menores de edad o incapacitados.

91. Las personas que laboran en establecimientos asistenciales o destinados a menores con trastornos de conducta, responden por estos menores.

93. El jefe del grupo familiar que ocupa una vivienda es responsable por los daños y perjuicios causados por el lanzamiento o caída de objetos del inmueble.

94. El poseedor de un animal es responsable de los daños que cause.

El Código ha establecido limitaciones generales a la responsabilidad, artículo 89.1 por lo que no existe una regla genérica como la contenida en el Código civil español, con-

forme al cual el deudor, respondía del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, la ley cubana dispone que el tribunal adecuará la cuantía de las indemnizaciones a un 20% del salario, sin que pueda exceder del término de 10 años.

El Código civil cubano no asume un principio único para afiliarse a la responsabilidad objetiva o subjetiva, pero incorpora de forma moderna con un matiz objetivo, la responsabilidad por actividades que generan riesgos, propio de las sociedades modernas, donde la existencia de actos perfectamente lícitos como por ejemplo el transporte terrestre, marítimo o aéreo, y con ello las cargas que trasladan pueden causar algún daño. En estos casos existen dos condiciones: 1-Actos lícitos, 2-La existencia de un daño. Las personas dedicadas al transporte y los propietarios de las cargas son responsables por los daños y perjuicios causados, no sustentándose este resultado, sobre la base de la culpa para hacerla efectiva.

397

4.5.9. Elementos accidentales del acto jurídico.

La última versión del Código, y en definitiva aprobada, incorporó en su regulación jurídica los principales elementos accidentales que pueden estar presente en un negocio: condición, término y modo. La legislación ha logrado respetar las diferencias doctrinales entre uno y otro, así como los distintos efectos en cuanto a la exigibilidad del derecho, es decir si el acto se celebra bajo condición suspensiva sus efectos sólo se producen al cumplirse la condición, a diferencia de la incorporación del término suspensivo, el cual permite el nacimiento del derecho al celebrarse el acto, aún cuando éste no sea exigible hasta que el hecho futuro y cierto ocurra.

También se regula al modo como elemento accidental incorporado a los actos de mera liberalidad y la indemnización que provoca su no cumplimiento, a diferencia de la

condición. Estos elementos accidentales que se encuentran regulados en la Parte General, son válidos para los demás Libros aplicando el principio de especialidad, el artículo 481, establece que la sucesión de heredero no puede estar sujeta ni a condición ni a término.

4.5.10. *La representación.*

En el Código civil cubano no sólo se desarrolla la teoría del acto jurídico realizado por uno mismo, sino cuando éste se realiza por otra persona a favor de un tercero, señalo, regula LA REPRESENTACIÓN sea ésta legal o voluntaria y establece además la diferencia entre mandato y representación.

398 La representación es un concepto jurídico meramente formal mientras que el mandato es una relación material de gestión y aun cuando frecuentemente el poder va ligado a una relación jurídica interna constituida por un contrato de mandato, ni es esencial que coincidan, ni son idénticos los principios y normas a que respectivamente han de sujetarse. El Código civil admite la representación sin mandato y el mandato sin representación, pues aunque esta última, muchas veces forma parte del contrato de mandato, no es su carácter esencial.

El mandato afecta la relación material de carácter interno entre mandante y mandatario mientras que la representación trasciende a lo externo y tiene como efectos el ligar al representado con los terceros.

Conforme a lo anterior el nuevo Código dispone al tratar la representación voluntaria en la Parte General que las relaciones entre representantes y representados les son aplicables en lo pertinente las disposiciones sobre el contrato de mandato, estableciendo la diferencia implícita.

Los principios que establece el Código civil para la institución de la representación son los siguientes:

1. El acto jurídico puede realizarse por medio de un representante.

2. El que actúa en nombre de otro es su representante legal o voluntario según sus facultades emanen de la ley o de un acto jurídico.

3. La manifestación de voluntad emitida por el representante dentro de los límites de sus facultades es eficaz a favor o en contra del representado como si fuera él mismo quien hubiera obrado.

4. El alcance de las facultades del representante legal viene determinado por la propia ley. Las del representante voluntario por la manifestación de voluntad del representado (art. 59).

5. Siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal, la representación de este último (art. 60).

6. Los actos jurídicos realizados por un representante que carece de facultades legalmente conferidas se rigen por las disposiciones que regulan la gestión de negocio sin mandato (art. 61-416).

7. El representante no puede realizar actos jurídicos en los cuales concorra simultáneamente, en nombre propio y de su representado, o de dos o más de las partes (se prohíbe expresamente el autocontrato, art. 63).

8. A las relaciones entre el representado y el representante, les son aplicables, en lo pertinente, las disposiciones sobre el contrato de mandato (art. 64-398).

4.5.11. *La prescripción.*

Por último en esta primera parte, en cuanto al tema de la prescripción, en la Parte General se regula la extintiva, en el anterior Código se combinaban las dos, se ha dicho doctrinalmente que la prescripción es una moneda de dos caras, mientras una termina surge la otra (usucapión). Los anteproyectos eliminaban siguiendo el modelo de los Códigos Socialistas europeos, la prescripción adquisitiva, pero en definitiva en el actual aparece como un modo de adquirir la

propiedad y por ello aparece regulada en el Libro II. La institución de la prescripción actúa como un acicate para que los derechos se ejerzan oportunamente.

Los plazos de prescripción se han reducido considerablemente en el Código civil cubano. La norma general establecida en el artículo 114, es de 5 años, y existen normas especiales para la acción reivindicatoria, artículo 115, artículo 116, 1 año y artículo 117, 6 meses.

El curso de la prescripción cuando es ejercitable puede verse alterado por motivos diversos que la doctrina considera como causales y son estos: SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN.

La diferencia entre las dos causas de la paralización de la prescripción, radica en que la suspensión se prorroga por razones independientes de la voluntad de los sujetos, y por esto la circunstancia que lo provoca (caso fortuito) no elimina el tiempo transcurrido con anterioridad, lo que sí ocurre en la interrupción (2).

El tiempo de la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial o por cualquier acto de reconocimiento de la relación jurídica.

Caducidad.

La Parte General del Código civil, concluye con otra institución, mediante la cual se extinguen derechos: *La caducidad*. El plazo fijado para extinguir ciertos derechos tiene el carácter de fatal, por lo que una vez transcurrido, ocurra lo que ocurra, el derecho no podrá ejercitarse (no se someten a suspensión o interrupción). En la decadencia o caducidad el tiempo tiene un influjo decisivo o extinto pero actúa a modo de plazo únicamente, sin tener en cuenta la negligencia o imposibilidad del titular del derecho. Puede tratarse de derechos patrimoniales y extrapatrimoniales (3).

(2) Arts. 121 y 123. Código civil cubano.

(3) Arts. 125, 409, 489, 527. Código civil cubano.

II. Derecho de Propiedad

El Código civil dedica su Libro II al Derecho de Propiedad, reconociendo en su contenido de modo explícito, distintos géneros de Derechos Reales, los cuales pueden agruparse en la forma siguiente:

1. Contenido del Derecho de Propiedad en el Código civil cubano.

A) *Derechos reales de aprovechamiento*.—Derechos que confieren a sus titulares, facultades para la utilización de los objetos sobre los cuales recaen y eventualmente para su enajenación, son ellos, la propiedad que es el más importante, la copropiedad, la posesión, el usufructo y la superficie.

B) *Derechos reales de adquisición preferente*.—Los que otorgan a sus titulares la prioridad para adquirir los bienes sobre los cuales recaen, si su propietario intentare enajenarlos, son ellos: Tanteo y retracto.

C) *Derechos reales de garantía*.—Destinados a asegurar el cumplimiento de obligaciones principales constituidas a favor de determinados acreedores. Son derechos reales de garantía, la prenda, la retención, la hipoteca naval y aérea.

La legislación cubana actual sólo reconoce como derechos reales los antes enumerados, esto es, existe un *numerus clausus* de derechos reales.

2. Formas de propiedad.

Para comprender la función de los derechos reales en el Código civil cubano, es imprescindible en segundo término, comentar, las distintas formas de propiedad que aparecen reguladas jerárquicamente y protegidas por la Constitución y el Código civil.

Como regla general, la propiedad privada sobre los medios e instrumentos fundamentales de producción está prohibida constitucionalmente (en estos momentos el gobierno ad-

mite excepciones en cuanto a inversiones extranjeras, y pequeños negocios de servicios de carácter familiar).

2.1. *Propiedad Estatal.*

La principal y más fuerte forma de propiedad, sigue siendo la Propiedad Estatal, reconocida en la Constitución como propiedad socialista, y por lo cual se hacen determinadas concesiones políticas.

En un lapso de tiempo relativamente breve se conformó después del triunfo de la Revolución, la propiedad socialista, mediante las leyes de nacionalización y confiscación a grandes propietarios nacionales y extranjeros. Conforman la propiedad Estatal, la tierra, la industria, los medios fundamentales de transporte, los bancos, las minas, recursos marítimos naturales vivos, los bosques y las aguas.

402 El Estado ingresa además por diferentes vías bienes a su patrimonio, así los que hayan sido objeto de actos cuya nulidad se declare, siempre que quienes hayan intervenido en ellos hayan procedido de mala fe (art. 75 C.C.c.). Ingresaran en el Patrimonio del Estado los tesoros u objetos extrañados pues el hallazgo no se considera un modo de adquirir la propiedad. Además, el Estado adquiere los bienes de quienes fallezcan sin dejar herederos, sin necesidad de declaratoria judicial al respecto (art. 546 C.C.c.) y generalizando el mismo principio, el art. 137 del Código, declara que son de propiedad estatal socialista todos los bienes existentes en la República que no sean de propiedad de alguna persona natural o jurídica.

Los bienes de propiedad estatal socialista son imprescriptibles (art. 124.a C.C.c.) e inembargables (art. 138.3 C.C.c.).

2.2. *Propiedad de las Organizaciones Sociales y de Masas.*

El Estado cubano reconoce también como otra forma de propiedad, la propiedad de las organizaciones políticas, so-

ciales y de masas, asociaciones que en definitiva refuerzan la vida del Estado, funcionan muy cercano a él, tienen razón de ser por el tipo de Estado, pero al menos formalmente, guardan cierta independencia por no formar parte del Gobierno y porque se les reconoce constitucionalmente, con patrimonio propio (art. 22 Constitución) concordante con los artículos 141 al 144 del Código civil. Lo cierto es que aun cuando gozan de capacidad patrimonial, el Estado le asigna recursos.

Las Organizaciones políticas protegidas por el Estado conforme a los artículos 5 y 6 de la Constitución, se refieren al Partido Comunista de Cuba y la Unión de Jóvenes Comunistas, Central de Trabajadores de Cuba, Comités de Defensa de la Revolución, Federación de Mujeres cubanas, Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, entre otras.

2.3. *Propiedad de las cooperativas de producción agropecuaria.*

403

El Estado cubano eliminó la propiedad privada sobre la tierra, admitiendo como excepción la propiedad sobre determinada cantidad de terreno establecida en la Primera y Segunda Ley de Reforma Agrarias, el Estado promovió entonces una nueva forma de propiedad colectiva sobre la tierra, que no tenía características de propiedad privada, pero no pertenecía tampoco a la propiedad Estatal: *La propiedad de las Cooperativas de Producción Agropecuaria*, única forma colectiva admitida para ciudadanos cubanos, no puede conformarse una cooperativa urbana e industrial entre personas naturales sino sólo entre agricultores pequeños.

La propiedad cooperativa no pertenece individualmente a sus integrantes como la copropiedad por cuotas, admitida en el Código civil cubano, pues su titular es un nuevo sujeto de derecho, que es la cooperativa misma y surge a la vida jurídica con personalidad jurídica propia e independiente de la de cada uno de sus miembros, la que existe desde la ins-

cripción en el Registro correspondiente del Comité Estatal de Estadísticas (art. 12 de la Ley 36, de 22 de julio de 1982).

2.4. Propiedad de los agricultores pequeños.

Señalamos con anterioridad que en el Estado cubano no existe salvo excepciones, la propiedad privada, mucho más difícil resulta identificar las peculiaridades de la forma de propiedad, si el que la detenta es un ciudadano cubano, esa fue la política seguida por el Gobierno cubano durante sus primeros 35 años.

404

En Cuba existe, no obstante un reconocimiento constitucional a la propiedad de los pequeños agricultores sobre sus tierras, la segunda Ley de Reforma Agraria promulgada el 3 de octubre de 1963, concluyó en lo esencial, el proceso de expropiación de la tierra, y se reconoció sólo la propiedad de los agricultores pequeños sobre áreas que no excedieran de las 5 caballerías.

2.5. Propiedad personal.

En un sistema que se autoproclama socialista, la propiedad personal (única legal) del ciudadano, es la forma en que éstos se apropian de los objetos de uso y de los bienes necesarios para la satisfacción de sus necesidades individuales, mediante el ingreso de su trabajo social. Son bienes de propiedad personal, la vivienda, los ingresos y ahorros provenientes del trabajo propio, los bienes de uso en la vivienda doméstica, los medios individuales de transporte, las casas de recreo y los solares yermos.

La fuente de propiedad personal es fundamentalmente la propiedad socialista, de donde proviene el salario que se le paga al trabajador.

En Cuba la propiedad personal actual se caracteriza por una pluralidad legal de regímenes diferentes, que dependerán del bien de que se trate.

Así señalamos que existen normas especiales en relación a los siguientes bienes, objeto de propiedad personal.

1. Viviendas.
 - a) Casas de descanso.
2. Solares yermos.
3. Cuentas de ahorro.
4. Bienes de transporte.
 - a) Terrestre.
 - b) Marítimo.
5. Armas.
6. Otros bienes.
 - a) Artesanales.
 - b) Culturales.
 - c) Oro, divisas extranjeras y piedras preciosas.

2.5.1. La vivienda urbana constituye el bien más preciado del ciudadano cubano, y sin dudas el de más valor. El derecho de propiedad sobre este bien, sin embargo puede resumirse en el derecho de disfrute de una sola vivienda, limitada a las facultades de uso, en tanto sólo puede destinarse para vivirla, y excepcionalmente a disponer de ella, como señalaremos a continuación.

La Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, prohibió la compraventa de vivienda entre particulares, la actual Ley General de la Vivienda, mantiene el mismo principio, al establecer en su artículo 70, que la cesión de la propiedad de la vivienda por una que no sea la permuta se realiza ante notario, con la previa autorización de la Dirección Provincial de la vivienda, la que tiene en todo caso el derecho real de tanteo a favor del Estado.

El artículo 70 de la Ley 65 de 1988, Ley General de la Vivienda se corresponde con lo establecido en el artículo 339 del Código civil. El acto jurídico que se realizare sin la autorización oficial, se convertirá en nulo, según lo dispuesto en el inciso d) del artículo 67 del Código civil.

La Ley General de la Vivienda autoriza la donación o cesión a título gratuito, sin limitarlos y relacionarlos (como ocurría en la Ley anterior) (4) a favor de los que permanecían conviviendo con el propietario por un plazo de tiempo fijado (derecho de ocupación de la vivienda). No obstante, la donación, al igual que la compraventa, requiere de la autorización previa de la Dirección Provincial de la vivienda.

Las donaciones sólo podrán hacerse a favor de los ex-cónyuges, ascendientes y descendientes, hermanos, tíos o sobrinos. En el caso de no existir esos vínculos se exige que el beneficiario haya convivido con el cedente de la vivienda diez o más años. En los demás casos el Estado ofrecerá a quien pretenda efectuar una donación el pago del precio legal y si el propietario no lo acepta, se archivará el expediente.

406 A diferencia de la compraventa, la permuta no requiere de autorización especial. Este acto jurídico constituye en Cuba la principal forma en que se transfiere la propiedad por las limitaciones existentes para el contrato de compraventa. Conforme el artículo 370 del Código civil, a las permutas de vivienda les son aplicables, las normas de compraventas y el artículo 68 de la Ley General de la Vivienda de 1988 se refiere a las permutas.

a) Casas de descanso.

La vivienda como bien propio de familia, generalmente, con una ubicación urbana, se distingue de otra posible propiedad inmueble destinada al descanso o veraneo de sus titulares.

Los agricultores pequeños o cooperativistas que posean en propiedad una segunda vivienda pueden conservarla pero en otro caso no es lícita la posesión de más de una vivienda (art. 2 de la L.G.V.) (5).

(4) Ley 48 de 27 de diciembre de 1984.

(5) Ley General de la Vivienda.

Los propietarios de viviendas ubicadas en las zonas declaradas de alta significación para el turismo por el Consejo de Ministros (máximo órgano de poder cubano), sean permanentes o dedicadas al descanso, podrán ceder éstas o sus habitaciones en arrendamiento, mediante permiso especial, otorgado por el Instituto Nacional de Turismo, que siempre ejercerá el derecho de tanteo en caso de compra-venta.

2.5.2. *Solares yermos.*

Se considera a toda porción de terreno donde no existe edificación o que existiendo sea de poca significación, no se cataloga, según la Ley General de la Vivienda cubana, como solar yermo, al terreno anexo a otro edificio que integra una unidad fiscal inmobiliaria, inscrita como tal en el Registro de la Propiedad.

407

La categoría de solar yermo como porción de terreno se identifica por:

1. Encontrarse en un asentamiento poblacional, con un área no mayor de 800 metros.
2. No estar dedicado a la explotación agropecuaria y forestal.

La facultad de uso del propietario del solar para poder edificar su vivienda, puede estar restringida por las normas urbanísticas. La facultad de disposición para enajenar (mediante venta o permuta) dependerá de la autorización, otorgada por la Dirección Provincial de la Vivienda.

2.5.3. *Cuentas de ahorro.*

Con personalidad jurídica pero controlados por el Estado funcionan los Bancos cubanos, los que con un mínimo de interés sin él, guardan los ahorros provenientes del trabajo de la población, obligándose además a reintegrar total o parcialmente, el saldo acumulado.

Los titulares de cuentas de ahorro individuales, pueden designar beneficiarios de su saldo hasta el límite de 5.000 pesos cubanos a personas ajenas, para el caso de su fallecimiento. Si se trata de ahorros de una comunidad matrimonial, cada titular podrá disponer de la mitad del saldo.

2.5.4. *Bienes de transporte.*

Al efecto sólo señalamos coches de uso particular, por pertenecer al Estado cualquier otro medio de transporte terrestre y embarcaciones pequeñas posibles en un isla.

408 En cuanto a los coches, existen regulaciones especiales de carácter administrativo. Resulta ya peculiar en Cuba, la forma de adquirir por compraventa este tipo de bienes (otorgados en los centros de trabajo, es decir empresas estatales, de acuerdo a méritos políticos) y se exige la inscripción obligatoria de estos bienes en el Registro de vehículos automotores. El derecho real de garantía preferente (tanteo) a favor del Estado, está presente, en el caso que el propietario del vehículo decida enajenarlo.

Si se trata de la división de una comunidad matrimonial de bienes, el coche se adjudicará a la persona quien originariamente lo había adquirido del Estado, según se dispuso en Acuerdo del Tribunal Supremo Popular 6, de 4 de enero de 1983 (6).

Las embarcaciones por su parte deben ser inscritas en el Registro Central de Buques y requiere autorización previa por oficinas del Ministerio del Interior para la compraventa.

(6) La Constitución de la República de Cuba en su artículo 121, párr. 2 y 3 dispone: "El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones en este orden, son definitivas. A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria. Toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y sobre la base de la experiencia de éstos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

2.5.5. *Armas.*

El Decreto Ley 52 de 24 de marzo de 1982, estipula la expedición y control de licencias de armas, vinculadas en razón del cargo u oficio, y sólo bajo la autorización del Ministerio del Interior cubano, que en Resolución 19, de 23 de junio de 1982, dispone la excepcionalidad de esta propiedad y penaliza la tenencia de armas de fuego en los artículos 211 al 214 del Código Penal.

2.5.6. *Otros bienes.*

a) Bienes artesanales.

El artículo 21 de la Constitución, complementado por el artículo 157 del Código civil, admite como variante de la propiedad personal, la que recae sobre medios e instrumentos de trabajo personal o familiar. Constituye en Cuba con carácter más incipiente y limitado el germen de la pequeña y mediana empresa, pero la injerencia estatal ha limitado en reiteradas ocasiones cualquier desarrollo espontáneo de esta forma de propiedad, con medidas de carácter confiscatorias. Las actividades laborales por cuenta propia, son autorizadas y actualizadas en dependencia de la situación política del país.

b) Bienes culturales.

Los bienes que interesan a la cultura nacional, aun cuando pertenezcan al patrimonio familiar, son registrados y ejercerá siempre el Estado, los derechos de tanteo y retracto en caso que sus propietarios deseen disponer de ellos.

3. *Facultades del Derecho de Propiedad.*

Para entender el sistema de propiedad en Cuba, debemos coordinar esta forma de propiedad, con los derechos reales *numerus clausus* y las facultades propias del *Derecho de Propiedad*, conferidas por el artículo 129 del Código civil:

posesión, uso, disfrute y disposición, facultades que aparecen con matices diferentes y limitativos en las diferentes formas de propiedad mencionadas.

Las facultades revisten peculiaridades muy propias del sistema socio-económico en cuestión, cuando se trata de personas naturales o personas jurídicas no estatales. Así el artículo 153 del Código civil limita la facultad de disposición, cuando dispone que los agricultores pequeños sólo pueden incorporar sus tierras a cooperativas de producción agropecuarias o a empresas estatales, y se necesitará autorización previa del organismo estatal competente cuando se pretenda vender, permutar o transmitir por cualquier título a otro agricultor. En caso de venta, el Estado tendrá siempre el derecho preferente para la adquisición mediante el precio legal.

410

La enajenación de ganado mayor se encuentra en extremo limitada según dispone el artículo 1 de la Ley 1.279, de 9 de octubre de 1974, complementada por la Disposición Especial Segunda de la Resolución 283 del Ministerio de la Agricultura, donde se exige la aprobación de este organismo para las enajenaciones de ganado mayor, siendo el Estado, el que realiza la adquisición.

La facultad de uso para el agricultor pequeño se convierte en obligación según el artículo 152 del citado texto legal.

Art. 152. Los agricultores pequeños están obligados a mantener, explotar y utilizar adecuadamente la tierra y sus demás bienes relacionados con la producción agropecuaria y forestal.

2. El incumplimiento sin causa justificada de lo dispuesto en el apartado anterior puede dar lugar a la expropiación de los bienes.

Completa esta facultad obligada por el precepto, la Resolución 283, de 31 de julio de 1986, del Ministerio de Agricultura que ordena la compra por el Estado de las tierras abandonadas.

En lo que se refiere a la transmisión hereditaria de fincas rústicas el Decreto-Ley 63, de 30 de diciembre de 1982,

excluyó de la herencia de los agricultores pequeños a quienes no trabajan la tierra personalmente, aunque se autorizaron algunas excepciones.

4. Otras formas de propiedad.

La Constitución de 24 de febrero de 1976, "legalizó" todas las formas de propiedades existentes en el país, en aquel año, pero la necesidad de supervivencia del régimen ha obligado a realizar concesiones en el ámbito económico, que no fueron previstas en 1976, y ha sido necesario una reforma constitucional posterior (1992) para dar validez jurídica a tales medidas.

El Código civil, por ser de fecha posterior, previa el reconocimiento de otras formas de propiedad, en el artículo 160 del texto legal, reconociendo la propiedad de las sociedades, asociaciones, fundaciones, empresas mixtas y otras personas jurídicas de características especiales. En la Parte General (Libro Primero) del Código civil, se reconoce además con el carácter de personas jurídicas a las sociedades, y en los artículos 396 y 397 del propio Código se regula el contrato de sociedad.

El Decreto Ley 77 de 20 de enero de 1984, autorizaba como sociedades civiles previo consentimiento del Ministerio de Justicia cubano, la creación de despachos de abogados, dedicados a prestar con carácter exclusivo, servicios jurídicos y notariales a personas o entidades extranjeras, a ciudadanos cubanos radicados en países extranjeros, así como a empresas mixtas y otras asociaciones económicas.

La intervención de capital extranjero como manera de constituir otra forma de propiedad llegó a Cuba, a través de la constitución de empresas mixtas, las que amparadas por el Decreto Ley 50, de 15 de febrero de 1982, se constituían en asociaciones económicas con parte de capital extranjero (49%) y parte del capital estatal cubano (51%). La forma jurídica para constituir tales sociedades era la es-

tablecida por el Código de Comercio español aún vigente en Cuba.

La situación precaria del Gobierno en Cuba y su deseo de perpetuarse, ha obligado a la aprobación de la Ley 77, de 5 de septiembre de 1995, Ley de Inversiones Extranjeras en Cuba, donde se realizan importantes concesiones económicas y políticas, tales como la autorización de empresas con capital totalmente extranjero y la determinación de otorgar en propiedad bienes inmuebles y recursos naturales, si una persona natural o jurídica extranjera desea adquirirlo. En Cuba todo ha entrado en comercio internacional autorizado legalmente, el capital extranjero puede invertir según esta Ley en cualquier esfera, excepto en salud, educación y algunos sectores de la educación.

412 Para concluir el comentario de las peculiaridades más significativas del Libro II, mencionaremos las características de la USUCAPIÓN en la actual legislación cubana, como modo de adquirir la propiedad.

El artículo 178 del Código civil cubano dispone: La propiedad y demás derechos sobre bienes se adquieren y transmiten por la ley, los acontecimientos naturales, los actos jurídicos, la accesión y la usucapión. La transmisión se consuma mediante la entrega o posesión.

5. Usucapión.

El actual Código cubano rompe con la concepción unitaria de prescripción seguida por el Código español y casi todos los Códigos europeos, estableciendo la distinción entre la mera prescripción extintiva de los derechos y acciones y la estrictamente adquisitiva del dominio de las cosas muebles e inmuebles.

Aunque es cierto que ambas instituciones tienen elementos comunes como es el tiempo, para que produzcan sus efectos y persiguen otorgar certidumbre a la vida jurídica, difieren en varias características:

a) La usucapión requiere un hecho positivo que es la posesión de la cosa o bien que se adquiriera.

La prescripción extintiva sólo exige un hecho negativo que es el abandono o inacción del titular del derecho que se pierde, lo que también ocurre en la usucapión con la peculiaridad de que la propiedad se pierde para el que era su titular pero se gana para el poseedor.

b) Mientras la usucapión sólo tiene lugar en los derechos reales, la prescripción extintiva comprende todos los derechos personales o no.

Señalé que el Código civil cubano se adhirió a la tesis de separar la prescripción extintiva de la usucapión y considerar a ésta como un modo de adquirir la propiedad o derechos reales sobre bienes ajenos (art. 178 C.c.).

La institución de la usucapión purga los vicios de la adquisición, en tanto el poseedor en concepto de dueño o de titular de un derecho distinto, puede adquirir la propiedad o el derecho real que no le pertenece, por recibir un bien de un sujeto que no tiene facultades para transmitir su propiedad.

El Código civil cubano en aras de la seguridad jurídica, atribuye en ciertos casos, la propiedad de bienes a un sujeto que eventualmente pueden haber pertenecido a persona distinta del transmitente. Así los herederos del declarado fallecido pueden enajenar los bienes de éste y de aparecer el presunto muerto, no puede reivindicar sus bienes (art. 37 C.c.). Existe irreivindicabilidad en el caso de adquisiciones en comercio o en subasta (art. 84 C.c.) al igual que en los supuestos de los efectos al portador.

La usucapión en la legislación cubana, no es un modo de adquirir toda clases de bienes, pues los bienes del Estado, son imprescriptibles.

Los objetos poseídos por medio delictuosos tampoco son objeto de usucapión. Lo anterior permite una situación peculiar en tanto el bien objeto de delito no puede ser adquirido por los autores o cómplices del delito pero si estos

enajenan los bienes a terceros, y se transmiten por herencia, estos causahabientes no están impedidos de adquirir por usucapación dichos bienes.

En todo caso debe existir un título que sirva de causa legítima a la posesión, pues el Código cubano no consagra la usucapación extraordinaria. En el texto legal se distinguen las adquisiciones inmobiliarias y las mobiliarias. Con respecto a los bienes inmuebles, los títulos que no son traslativos del dominio o derechos reales, no son idóneos para originar la usucapación (mientras que en el caso de los bienes muebles todo poseedor se presume propietario (art. 201 C.c.)).

414 En el tráfico inmobiliario la usucapación se produce con frecuencia, cuando uno de los herederos de una vivienda promueve fraudulentamente una declaratoria de herederos, silenciando la existencia de otros herederos y obteniendo una declaratoria notarial de que es el único y universal heredero del causante. Aunque se adjudique la vivienda, no la adquiere porque el bien pertenece en copropiedad a todos los herederos ignorados y no a él solo, y aunque transmita el bien a terceros, estos tampoco podrán obtener el objeto de la enajenación porque quien la realiza no es su propietario, pero tales terceros tienen un título de adquisición, que junto con la posesión durante el tiempo que prescribe la ley puede originar a favor de ellos la adquisición del bien (7).

III. Libro Tercero - Derecho de Obligaciones

En el Libro III del Código civil, constatamos la obligación regulada en una dinámica como relación jurídica peculiar que constituye y fue reconocida en la Parte General del Código, según los artículos 23, 45 y 46.3 del propio texto legal referidos a la Parte General.

(7) VER RAPA VICENTE: *El Derecho de Propiedad*. Edic. U.H.

Dispone el Código civil en su Libro Primero, las relaciones jurídicas de obligaciones facultan a una persona a exigir de otra una prestación. La prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

1. Principales modificaciones con respecto al Código español.

La mayoría de los preceptos del Código civil, en este Libro, son extraídos del Código civil español, pero se han producido algunas modificaciones interesantes:

1.1. Se introduce de acuerdo al artículo 238, el beneficio del término a favor del deudor, cuando éste antes del vencimiento de la obligación esté en disposición de cumplirla.

1.2. Se convierte en ilícito el pacto de interés en relación con las obligaciones monetarias (art. 242.1).

1.3. Formas de garantías reguladas en el Código civil cubano.

415

Se regula en capítulo aparte las garantías del cumplimiento de las obligaciones, así se establecen las siguientes formas de garantías:

a) Sanción Pecuniaria (arts. 268-269 C.c.).

Sustituye la indemnización de daños y perjuicios siendo más utilizada en las relaciones mercantiles que civiles.

b) Prenda (arts. 270-277).

Constituye una relación jurídica obligatoria accesoria, que a su vez crea en favor del acreedor un derecho real sobre bienes muebles.

La Prenda estipulada se caracteriza por:

- Requerir de forma escrita. Artículo 270.4.
- Puede constituirse prenda sin que sea necesaria la desposesión del bien, pero sólo a favor de entidades estatales de crédito (art. 270.2 C.c.).
- No puede recaer sobre bienes inembargables (art. 272 C.c.).

- El acreedor a quien no se le haya pagado su crédito puede enajenar el bien en subasta pública.

Si en la subasta no se presenta comprador o el precio ofrecido no cubre el valor del bien dado en prenda, éste se adjudica al acreedor quien está obligado a dar al deudor recibo del pago de la totalidad del crédito.

Enajenado el bien, se entrega al deudor el producto de la venta descontándose el importe de su deuda y de los gastos casados.

- Los derechos de prenda constituidos a favor de las entidades estatales de crédito, se hacen efectivos mediante la venta de los bienes a otras entidades estatales o cooperativas por el valor que tengan en ese momento.

- Se establece el principio de responsabilidad limitada en tanto el acreedor sólo satisface su crédito con el bien gravado.

416

c) Retención (arts. 278-279 C.c.).

Es una forma de garantizar las obligaciones de hacer y de prestación de servicios sobre bienes muebles.

El derecho de retención confiere al acreedor la facultad de conservar en su poder un bien perteneciente al deudor hasta que éste le pague el crédito nacido de trabajos ejecutados en el mismo bien o se le satisfaga la prestación derivada de otros contratos.

Esta forma de garantía crea un derecho real sobre el bien objeto de los trabajos ejecutados sin necesidad de formalidad alguna, basta que el deudor no cumpla para que el acreedor pueda retener el bien, teniendo el retentor la misma protección que se garantiza a todo poseedor. El propio Código civil en ocasiones prohíbe esta forma de garantía, ejemplo contrato de comodato, art. 388.

Ch) Fianza (art. 280-285 C.c.).

En virtud de la cual, una persona asume, frente al acreedor, la obligación de cumplir en lugar del deudor en caso de no hacerlo éste.

El fiador no puede obligarse a más que el deudor principal. Si se hubiera obligado a más su obligación se reduce a los límites de la deuda. El acreedor no puede compeler al fiador a pagar sin antes haber requerido al deudor para el cumplimiento de su obligación.

La fianza garantiza la obligación principal, sus intereses, los daños y perjuicios y los gastos que origina su ejecución.

d) Anticipo (art. 286 C.c.).

El deudor puede entregar una cantidad de dinero para garantizar la obligación que ha contraído.

Si la obligación se cumple, el anticipo se imputa al precio de la prestación objeto de la misma. De incumplir la obligación la parte que lo entregó, el anticipo queda a favor del que lo tiene en su poder.

Si la que incumple es la parte que lo recibió, debe devolver el anticipo más una suma igual.

417

El anticipo debe constar en forma escrita.

e) Autorización de descuento.

Forma de garantía que se aplica en los contratos utilizados entre entidades bancarias estatales y ciudadanos. El deudor garantiza el cumplimiento de sus obligaciones mediante autorización de descuentos en su salario u otros ingresos periódicos.

f) Hipoteca naval o aérea.

Por las peculiaridades del régimen de propiedad cubano, es utilizada sólo en relaciones mercantiles, reguladas por el Código de Comercio.

1.4. *Cesión de crédito y asunción de deudas.*

La obligación como relación jurídica dinámica puede modificarse por diferentes causas: por variar el objeto, las condiciones de cumplimiento o los sujetos, esta última pecu-

liaridad está regulada en el Capítulo II del Libro III, del Código cubano, dedicado al Derecho de Obligaciones, cuando se estipula en él:

Art. 256. Los créditos se ceden y las deudas se asumen con los mismos requisitos formales observados en el momento de su constitución.

El acreedor puede ceder su crédito a un tercero sin el consentimiento del deudor, a menos que lo prohíba la ley, el acto jurídico o así resulte de la naturaleza de la obligación.

El traspaso por el deudor de su deuda a otra persona, por su parte, sólo puede realizarse con el consentimiento del acreedor.

Se establece la prohibición de transmitirse determinados créditos, los cuales tienen carácter personalísimos y resultan de:

- a) La responsabilidad civil proveniente de delitos:
- b) La obligación de dar alimentos.

1.5. Modos de extinción de las obligaciones.

El capítulo V del Libro III, se dedica a los diferentes modos de extinción de las obligaciones, sin distinguir entre modos especiales y generales, comenzando por el cumplimiento (art. 296 C.c.) como fin principal que es de toda obligación.

El Código cubano estipula como forma de extinción de obligaciones además, las siguientes:

- a) Dación en pago (art. 297).

Las obligaciones se extinguen mediante la dación en pago cuando el acreedor acepta una prestación distinta a la debida.

Si la prestación consiste en la transmisión de un derecho de crédito, la obligación no se extingue hasta que éste se hace efectivo.

b) Pérdida del bien (art. 298).

La obligación que consiste en entregar un bien determinado se extingue cuando se pierde o destruye sin culpa del deudor y antes de haber éste incurrido en mora.

Corresponde al deudor probar el hecho o la circunstancia determinante de su inculpabilidad.

c) Imposibilidad de la ejecución (art. 299).

La obligación se extingue cuando la prestación se hace imposible por circunstancias no imputables al deudor.

d) Confusión (art. 300).

Queda extinguida la obligación desde que se reúnen en una misma persona las cualidades del acreedor y deudor principales.

La confusión puede ser total o parcial según se produzca sobre toda o parte de la obligación.

e) Compensación (art. 301).

Si dos personas son recíprocamente deudoras por prestaciones monetarias o de la misma especie, líquidas y exigibles, cada una de las partes puede compensar sus deudas con su crédito.

f) Condonación (art. 304).

La obligación se extingue cuando el acreedor libera al deudor de su deuda.

g) Muerte de la persona natural (art. 305).

La muerte de la persona natural extingue las obligaciones para cuyo cumplimiento es indispensable su participación personal.

h) Resolución (art. 306).

En las obligaciones recíprocas el que ha incumplido la que corresponde puede exigir el cumplimiento o la ejecución a costa del otro obligado, o la resolución de la obligación con indemnización de daños y perjuicios.

1.6. *Formas especiales de pago.*

Una nota curiosa del Código civil cubano, es que no hace distinción entre formas de extinción y formas especiales de pago, que en definitiva son modos de extinción, y aparecen reguladas en diferentes artículos.

a) Imputación de pago (art. 239).

Como derecho que tiene el deudor frente al acreedor, cuando el primero tenga varias deudas, que no tengan entre sí preferencia de cumplimiento, de declarar a cuál de ellas se aplica el pago efectuado por él.

b) Consignación (arts. 252-255).

Aparece como caso de mora del acreedor cuando sin motivo legítimo el acreedor rehusa al pago o cumplimiento de la obligación, siendo por tanto un derecho del deudor consignar el bien, sólo se produce en las obligaciones de dar ante la autoridad competente que puede ser notario público (art. 10.c Ley 50 de Notarías Estatales) o ante los tribunales (arts. 592, 593 y 594 Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral). El Código no hace mención al ofrecimiento (requisito de procedimiento).

c) Subrogación.— No se regula expresamente como forma de pago aunque está implícita en los siguientes artículos:

Art. 258.2. Cuando sin la aprobación del deudor, el acreedor acepta el pago por tercera persona interesada en el cumplimiento de la obligación, se producen los mismos efectos de la cesión de créditos. La Persona que realiza el pago se subroga en lugar y grado del deudor original.

Art. 284. El fiador que ha cumplido la obligación por el deudor se subroga en lugar del acreedor en todos los derechos de éste frente a aquél.

Art. 452. El asegurador pagada la indemnización se subroga en los derechos y acciones del asegurado contra los autores o responsables del daño.

2. Obligaciones contractuales.

El Título II, del Libro Tercero, está dedicado a las Obligaciones contractuales, el que tiene como principales características, las siguientes:

a) Consensualidad en materia contractual.— Los contratos civiles, como el depósito, el comodato, el préstamo, se apartan del carácter real, bastando el mero consentimiento para su perfección.

Se exceptúa la prenda como contrato de naturaleza real cuando es con desplazamiento.

b) El Código civil sigue la llamada Teoría del Conocimiento en cuanto a la perfección del contrato, cuando las partes no se encuentran presentes:

“Art. 317.2. La aceptación hecha por carta u otro medio de comunicación obliga al aceptante desde que la remite pero no obliga al que hizo la oferta sino desde que llega a su conocimiento.”

421

c) Se reconoce el derecho de las partes a concertar lo que tengan por conveniente. Artículo 312.

d) El Código cubano reconoce la existencia y validez de los contratos denominados atípicos, mixtos y los contratos a favor de terceros.

“Art. 314. Las relaciones contractuales que no están comprendidas en ninguno de los tipos de contratos regulados en este título, se rigen por las normas de los contratos más afines y por los demás preceptos y principios generales de este Código.

“Art. 316. Si el contrato contiene alguna estipulación a favor de un tercero, éste puede exigir al deudor su cumplimiento siempre que le comunique su aceptación”.

e) El mandato y el Poder son regulados de forma diferenciada:

Por el contrato de mandato, una persona se obliga a realizar un acto jurídico o gestionar su realización en interés de otra, dispone el Código civil (art. 398).

Se denomina poder según el Código cubano al mandato por el que el mandante confiere facultades de representación al mandatario.

El poder debe otorgarse ante Notario, y surte efectos con relación a las partes y a terceras personas, cuando es aceptado expresamente por el apoderado o cuando éste ejerce las facultades que le han sido conferidas, norma por su parte el artículo 414.

f) Se regulan los contratos de servicios.

g) Por último hacemos referencia a la regulación del contrato de seguro.

422

Por el contrato de seguro la entidad aseguradora se obliga a pagar una indemnización o a efectuar alguna prestación hasta el total de la suma o valor asegurado, al ocurrir alguno de los acontecimientos previstos, y el asegurado a pagar una prima calculada de conformidad con las tarifas establecidas. Artículo 448.

El contrato de seguro puede cubrir.

1. Seguro de bienes.—La pérdida total o los daños causados por determinados acontecimientos. El valor asegurable no podrá exceder del valor real del bien que se pretende asegurar.

2. Seguro personal.—La muerte natural o arribo a determinada edad y las lesiones, incapacidades físicas o la muerte del asegurado, provocada por cualquier accidente.

3. Seguro de responsabilidad civil.—La muerte o lesiones a otras personas o los daños a bienes ajenos.

IV. Libro Cuarto. Derecho de Sucesiones

El derecho a la herencia está reconocido legalmente en el artículo 24 de la Constitución cubana, con restricciones y limitaciones reconocidas en la propia Constitución y en el Código civil, así la propiedad del pequeño agricultor sólo será transmisible por herencia a quienes la trabajan.

1. Incapacidad legal para suceder en el Código civil cubano.

Es necesario que la persona llamada a la sucesión tenga efectivamente capacidad para recibir la herencia, por tanto, la capacidad va a constituir la regla general, mientras que la incapacidad va a ser la excepción.

La incapacidad puede ser de dos formas: relativa, ya que se puede ser incapaz para heredar a determinadas personas por diferentes razones o circunstancias, y sin embargo se puede heredar a otras, también puede ser absoluta, comprendiendo en este caso a los que son incapaces para venir a la sucesión de cualquier persona.

Es precisamente la ley quien se encarga de señalar detalladamente la capacidad y las causas de incapacidad para heredar en todas las legislaciones civiles. En nuestro caso particular, el Código civil de 1987, establece la capacidad en sentido general, en el Libro Primero, referido a la relación jurídica y regula la incapacidad para heredar, el Libro Cuarto referido al Derecho de Sucesiones.

En los artículos 469.1 y 470 del Código, se establecen cuáles son las personas que pueden ser consideradas como incapaces para heredar al causante.

Según lo establecido en el artículo 469.1 serán incapaces para ser herederos o legatarios:

a) Los que hayan atentado contra la vida del causante o de otro heredero o beneficiario de la herencia.

b) Los que hayan empleado fraude o violencia para obligar al causante a otorgar una disposición testamentaria o a cambiar o a dejar sin efecto la otorgada, y

c) Los que hayan negado alimento o atención al causante de la herencia.

El legislador ha considerado los supuestos de este artículo 469 como causales de incapacidad para suceder con un carácter relativo, ya que privan de suceder a determinadas personas en circunstancias especiales.

Las causas de incapacidad denominadas por el Código, han sido conocidas en la doctrina como causas de indignidad. Así en el Código civil español, los dos primeros supuestos del artículo 469 aparecían regulados como causas de indignidad y el tercero constituía causa de desheredación.

Nuestra idea parece reafirmarse cuando leemos el segundo párrafo del citado artículo.

424 “La incapacidad cesa con el perdón expreso o tácito del causante”.

Algo realmente novedoso en el Derecho Civil cubano, pues no aparece en legislación conocida, es la introducción del artículo 470 del Código civil de 1987, regulándose en este caso como causa de incapacidad para heredar, el hecho de haber abandonado el territorio nacional definitivamente constituyendo la misma una incapacidad absoluta dada la imposibilidad de esas personas de heredar al causante.

1.1. *El abandono definitivo del territorio nacional como una causal de incapacidad para heredar. Consideraciones críticas.*

El primer antecedente de esta institución se puede localizar después del triunfo de la Revolución, con la aprobación de la Ley 989, de 5 de diciembre de 1961, dictada por el Consejo de Ministros, y vigente en Cuba hasta la aprobación del nuevo Código civil, según la cual se confiscaba la cuota hereditaria de los ausentes.

Esta ley autorizaba al Consejo Superior de la Reforma Urbana a ocupar todos los bienes inmuebles destinados a viviendas, así como los bienes muebles que se encontraban en la misma, adjudicando en usufructo dichas viviendas a la población.

El Consejo Superior de Reforma Urbana dictó con posterioridad el Acuerdo 136, de 24 de junio de 1964, donde se estableció que en las particiones y adjudicaciones posteriores a la Ley de Reforma Urbana, los herederos distribuirían las amortizaciones mensuales de la vivienda que habían sido propiedad del causante, de acuerdo con el régimen de sucesión intestada, de esta forma, se excluía la posibilidad de la sucesión testamentaria, cuyo objetivo fuera la amortización de inmuebles urbanos, ya que de darse esta forma de suceder se facilitaba al testador la posibilidad de mejorar o dejar la totalidad de la parte de su herencia de libre disposición a los herederos que se encontraban en Cuba, en perjuicio de los ausentes del país, e implicaría una defraudación al Estado que en virtud de las leyes confiscatorias, debía subrogarse en el lugar del heredero que abandonaba el país.

425

La Ley General de la Vivienda de 27 de diciembre de 1984, le da diferente tratamiento a ésta situación, cuando preceptúa en su artículo 113, que las personas que abandonaban el país definitivamente no se podían considerar herederos de la vivienda que ocupaba permanentemente el causante, por lo que en un futuro, no se podían aplicar medidas confiscatorias sobre dichos bienes y entonces tenía lugar el derecho de acrecer, entre los herederos presentes, distribuyéndose entre ellos la participación del ausente, en la propiedad de la vivienda que no podía heredar por causa de su incapacidad.

La posterior promulgación de la Ley 6, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, en la parte correspondiente a la transmisión hereditaria, dispone nuevamente la incapacidad para heredar de los que abandonen el país y

siempre que éstos tuvieran hijos o descendientes, acudirían por representación a la herencia, acreciendo a los demás herederos en el caso de no existir los anteriores.

1.2. *Análisis crítico del artículo 470 del Código civil.*

La incapacidad del artículo 470, es de índole absoluta, cuando privare la posibilidad de convertirse en herederos o legatarios del causante a las personas que hayan abandonado de manera definitiva el territorio nacional.

La capacidad y la incapacidad para heredar han estado sujetas a causas de carácter personal o civil.

Por el hecho que una persona abandone el territorio nacional, no comete acción que ofenda a la persona del causante porque según lo establecido en el art. 469 sólo se refiere al hecho de que el heredero realice algún acto que repercuta de manera negativa y directa sobre la persona del causante.

426

El asunto evidentemente no se enmarca en situaciones de índole de Derecho Civil, la incapacidad es de índole política, modificando el Derecho Civil cubano. La denominación en técnica jurídica es incorrecta pues se denomina personas incapaces para heredar, cuando estas son aptas físicas y mentalmente y además no han cometido acto repudiable alguno contra la persona del causante.

En cuanto al destino de la participación que le correspondería a la persona que abandona definitivamente el país, la ley ofrece tres alternativas: en el supuesto que existan hijos o descendientes en el territorio nacional herederán éstos a través del derecho de representación, junto con los parientes de grado más próximo del causante, otros descendientes de grado más remoto, que se subrogan en los derechos de su ascendente directo, ocupando lo que le correspondería de no concurrir en él algunas de las causas legales que implican su imposibilidad de suceder al causante, y en este caso no existe dificultad alguna ya que el hijo o des-

cendiente no hereda más de lo que heredaría su representante, es decir aquel que hubiera heredado de no haberse considerado incapaz para heredar, y en este supuesto no tendría lugar el derecho de acrecer.

La otra solución que se le da a este tipo de incapacidad, es la posibilidad de que tenga lugar el derecho de acrecer entre los demás coherederos cuando el individuo que abandonó definitivamente el país no posee descendientes en Cuba, entendiéndose este derecho, como la facultad que tiene un heredero de recibir la porción vacante de otro copartícipe en la herencia.

El artículo 473.1 establece límite al patrimonio acrecido y cito "Si la causa de incapacidad para heredar es el abandono definitivo del país y la participación que le hubiere correspondido al incapaz excediera al momento de la adjudicación, del monto total de dos años del salario medio nacional, dicha participación no acrece a los coherederos y se transmite directamente al Estado".

427

Esta medida ha perjudicado principalmente al ciudadano que no abandona el país.

2. Otras peculiaridades en el Derecho de Sucesiones.

2.1. El Código civil elimina la unidad del patrimonio hereditario, y la organización del patrimonio con arreglo al parentesco, estableciendo una pluralidad de régimen legal sucesorio en atención a la naturaleza de los bienes.

2.2. Se introduce la figura jurídica de los herederos especialmente protegidos, los cuales encuentran la fundamentación de su derecho especial en las relaciones de parentesco y en ciertas condiciones económicas.

Las cualidades de los herederos especialmente protegidos se manifiesta en dos características y que son las siguientes:

- a) La no aptitud para trabajar.
- b) La dependencia económica del causante.

Son herederos especialmente protegidos:

1. Los hijos o sus descendientes caso de haber premuerto aquellos.
2. El cónyuge sobreviviente.
3. Los ascendientes.

Existen a pesar de las semejanzas, importantes diferencias entre los herederos forzosos que regulaba el Código civil de 1889 y los herederos especialmente protegidos del actual Código cubano. El respeto obligatorio a los herederos especialmente protegidos a través de la declaratoria de herederos o el testamento, en la mitad de la herencia sólo lo será si concurren en ellos, las dos cualidades: no aptitud para trabajar y la dependencia económica.

428 Los herederos especialmente protegidos se regulan tanto en la sucesión testada como en la intestada, aunque con mayor amplitud en la testada pues contempla al referirse a los ascendientes (art. 493.1) a los abuelos, bisabuelos, mientras que en la sucesión abintestato se limitan a los padres.

3. Herencia testamentaria en el Código civil cubano.

El Código civil cubano reconoce el testamento como acto jurídico unilateral, mediante el cual una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte después de su muerte (art. 476) conservando las peculiaridades doctrinales de acto jurídico mortis causa, unilateral, individual, personalísimo, formal y esencialmente revocable.

El Derecho Civil cubano, exige aun la presencia de testigos testamentarios, según disponen los artículos 490 del Código civil y artículos 29 y 30 de la Ley de Notarías Estatales.

3.1. *Clasificación de los testamentos.*

Los testamentos pueden clasificarse de acuerdo con lo autorizado por el Código civil cubano en:

Comunes: Notarial, ológrafo, ante funcionario consular

Especiales: Militar. En campaña, en tiempo de guerra, otorgados por ciudadanos que residan donde se desarrollen acciones combativas.

Viajeros y tripulantes cubanos.

Los que residen en comunidades o lugares en que no hubiere notario y hallándose en peligro inminente de muerte, se otorgan ante un delegado de la Asamblea Municipal del Poder Popular, y dos testigos, y de no ser posible ante tres testigos.

El Código cubano no autoriza el testamento cerrado, y sí el ológrafo con los requisitos de que esté escrito y firmado de puño y letra del testador con la expresión del año, mes y día, siendo salvadas las palabras tachadas, debe ser escrito por un mayor de edad.

Principios de la sucesión intestada a partir de la promulgación del Código civil cubano.

429

1. Se elimina la cuota viudal usufructuaria para el cónyuge supérstite, el que concurre conjuntamente con los descendientes o ascendientes, en su caso como un heredero en plena propiedad.

2. El segundo llamado corresponde a los padres, conjuntamente con el cónyuge. Se elimina en éste a los abuelos y demás ascendientes que pasan al cuarto llamado.

3. Se elimina los colaterales ordinarios, al establecer la sucesión hasta el tercer grado en línea colateral.

4. Los padres no aptos para trabajar y con especial protección concurren en el primer llamado conjuntamente con los hijos y el cónyuge viudo.

5. El Estado no es considerado sucesor mortis causa al ser eliminado el sexto llamado, en que el Estado aparece como heredero.

Bibliografía

ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil I y II*. Edición octava 1989. Barcelona.

BALAGUER CALLEJÓN, F. *Fuentes del Derecho*. Vol. II. "Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos". Edit. Tecnos.

BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la filosofía jurídica* (2.^a edic). Tecnos.

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español, común y foral*. Edit. Reus. Madrid.

DE CASTRO, FEDERICO. *Temas de Derecho Civil*. 1972.

DIEZ-PICAZO. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Edición 7.^a. Tecnos.

DORAL, JOSÉ ANTONIO. *La noción de orden público en el Derecho Civil español*. Pamplona. 1967.

LASARTE ALVAREZ, CARLOS. *Principios de Derecho Civil*. Tomo I y II. Edit. Trivium. 1992.

— *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. 4.^a edición. Tecnos. 1993.

LETE DEL RÍO, J. M. *Derecho de la persona*. 5.^a edición. Tecnos.

LETE DEL RÍO, J. M. *Derecho de Obligaciones*. Vol. I, II, y III. Tecnos.

RAPA, VICENTE. "La relación jurídica civil". *Revista Jurídica* 19. Edic. MINJUS.

— *El derecho de propiedad*. Edic. U.H. 1990.

SHAFFER, H-B y OTT, C. *Manual de análisis económico del Derecho Civil*.

VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Estudios de Derecho Sucesorio*. Madrid. Editorial Montecorvo. 1980.

LEYES.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA. Editorial Política. La Habana. 1992.

CÓDIGO CIVIL ANOTADO. Ministerio de Justicia de Cuba. La Habana. 1975

CÓDIGO CIVIL 1987. Gaceta Oficial Extraordinaria. 15 de octubre, 1987.

LEY DE ASOCIACIONES Y SU REGLAMENTO. Ley 54/85, 27 de diciembre. Edic. Ministerio de Justicia de Cuba.

LEY 1. Protección al Patrimonio Cultural. 4 agosto 1977. Edic. Ministerio de Justicia de Cuba.

CÓDIGO DE FAMILIA. Ministerio de Educación Superior.

LEY 51/85. Del Registro del Estado Civil. Edit. Ministerio de Educación Superior.

LEY DE PROCEDIMIENTO CIVIL ADMINISTRATIVO Y LABORAL. 19 de julio 1977. Edit. Ministerio de Educación Superior.